

Dr. Christopher Boog, Rechtsanwalt, Zürich/Singapur, und
Dr. Jörn Eschment, M.A./LL.M., Rechtsanwalt, Zürich*

Der Auftrag nach Schweizer Recht

Deutsche Unternehmen unterstellen ihre Verträge gern und regelmäßig dem Schweizer Recht, selbst wenn im Übrigen kein Bezug zur Schweiz besteht. Bedeutung und Tragweite einer solchen Rechtswahl sind den Parteien indes oft nicht hinreichend bewusst. Mit dem folgenden Beitrag wollen die Verfasser ausgewählte Besonderheiten und mögliche Stolpersteine im schweizerischen Auftragsrecht in Erinnerung rufen. Ferner werden Sonderfragen wie der Umgang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) erörtert, die auch im Bereich des Auftragsrechts von großer Praxisrelevanz sind.

I. Einleitung

Parteien des internationalen Geschäftsverkehrs unterstellen ihre Verträge oft schweizerischem Recht. Dies gilt für Verträge über die Herstellung beweglicher und unbeweglicher Sachen und für den internationalen Handel gleichermaßen wie für Dienstleistungsverträge und gemischte Verträge mit auftragsrechtlichen Komponenten. Die Beweggründe für dieses mitunter als „Flucht ins Schweizer Recht“¹ bezeichnete Phänomen sind vielgestaltig. Eine Ursache scheint im deutschen Haftungsrecht zu liegen und dort vor allem in der bisweilen als intransparent, unbeständig und realitätsfremd wahrgenommenen BGH-Rechtsprechung zur Gültigkeit von (v.a. Haftungsfreizeichnungs-)Klauseln in AGB im kaufmännischen Geschäftsverkehr.²

In Fortsetzung zweier in den Jahren 2009 und 2012 in dieser Fachzeitschrift publizierten Beiträge zum schweizerischen Kauf-³ bzw. Werkvertragsrecht⁴ soll dieser Beitrag ausgesuchte Besonderheiten und Stolpersteine des schweizerischen Auftragsrechts beleuchten, eines Rechtsgebiets also, das in der Praxis im Hinblick auf verschiedenste Vertragstypen vom Beratungsvertrag bis zum Forschungs- und Entwicklungs(R&D)-Vertrag eine bedeutende Rolle spielt. Im Fokus stehen sog. „business-to-business“ (B2B)-Verträge, wobei auf Unterschiede zum deutschen Recht ggf. hingewiesen wird. Ein besonderes Augenmerk liegt schließlich auf Themenkreisen von praktischer Bedeutung.

II. Besonderheiten und mögliche Stolpersteine im schweizerischen Auftragsrecht

1. Einführende Bemerkungen zum schweizerischen Auftragsrecht

Der Auftrag gehört zu den unmittelbar gesetzlich geregelten sog. Nominatverträgen und ist im gleichnamigen Dreizehnten Titel des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des

Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; nachstehend: OR) geregelt. Der Dreizehnte Titel unterfällt in fünf Abschnitte, die neben dem sog. „einfachen Auftrag“ als Prototyp (Art. 394–406 OR) weitere spezielle Erscheinungsformen des Auftrags regeln, namentlich die Ehe- und Partnerschaftsvermittlung (Art. 406a–406h OR), den Kreditbrief und -auftrag (Art. 407–411 OR), den Mäklervvertrag (Art. 412–418 OR) sowie den Agenturvertrag (Art. 418a–418v OR). Kraft gesetzlicher Verweisung steht der (einfache) Auftrag außerdem insofern der Kommission (Art. 425–438 OR) sowie dem Speditions- (Art. 439 OR) und dem Frachtvertrag (Art. 440–457 OR) nahe, als bestimmte auftragsrechtliche Bestimmungen auch auf diese Vertragstypen Anwendung finden. Praxisrelevant ist der Auftrag vor allem wegen seiner vielfältigen Einsatzmöglichkeiten als Mustervertrag für jedwede Geschäftsführung in fremdem Interesse in Form eines treuhänderischen Tätigwerdens für Dritte. So beeinflusst das Auftragsrecht neben den bereits genannten Nominatverträgen auch verschiedenste Innominatverträge (wie etwa Management-, Beratungs-, Forschungs- und Entwicklungs-, Versicherungsbroker-, IT-Dienstleistungs-, Schiedsrichter- oder Outsourcingverträge). Im Bankenbereich spielt Auftragsrecht vor allem im Hinblick auf Giroverträge, Depotgeschäfte und in der Vermögensverwaltung eine wichtige Rolle. Art. 394 Abs. 2 OR erklärt den Auftrag überdies zum „Auffangvertrag“ für alle „Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind“.⁵ Der Vollständigkeit halber sei schließlich erwähnt, dass der Allgemeine Teil des Obligationenrechts (Art. 1–183 OR), insbesondere das Stellvertretungsrecht (Art. 32–40 OR), ergänzend zum Auftragsrecht des Besonderen Teils zur Anwendung gelangt.⁶

* Die Autoren danken Frau BLaw Ramona Fischer für ihre wertvolle Mitarbeit an diesem Beitrag. Die vorliegenden Ausführungen geben ausschließlich die Auffassung der Verfasser wieder.

1 Salger/Schröder, AnwBl 2012, 683, 689; Basedow, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012 (zitiert: MüKo-Bearbeiter), § 310 Rdnr. 14; Calliess/Hoffmann, AnwBl 2009, 52; Brachert/Dietzel, ZGS 2005, 441.

2 So etwa Salger/Schröder, AnwBl 2012, 683, 689; Basedow (Fn. 1), § 310 Rdnr. 14; Calliess/Hoffmann, AnwBl 2009, 52; Hobeck, SchiedsVZ 2005, 108; Brachert/Dietzel, ZGS 2005, 441; Berger, NJW 2001, 2152.

3 Vöser/Boog, RIW 2009, 126.

4 Boog/Stark-Traber, RIW 2012, 817.

5 Entgegen diesem Wortlaut bleibt allerdings nach Rechtsprechung und h. L. auch im Bereich der Arbeitsleistungen Raum für Innominatverträge; Huguenin, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 3224 ff.

6 Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Obligationenrechts etwa Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2010, S. 7 ff.

Die im Abschnitt über den (einfachen) Auftrag enthaltenen Regelungen betreffen den Begriff (Art. 394 OR), die Entstehung (Art. 395 OR), die Wirkungen (Art. 396–403 OR) sowie die Beendigung des Auftrags (Art. 404–406 OR). Die einzelnen Vorschriften sind, ganz in der Tradition schweizerischer Gesetzgebungstechnik, allgemein und kurz gefasst. Dass die schweizerische Regelung des Auftragsrechts in der Praxis trotz – oder gerade wegen – ihrer Knappheit zu bestehen vermag, zeigt sich schon daran, dass die geltenden Bestimmungen seit Inkrafttreten des OR im Jahr 1912 beinahe unverändert Bestand haben. Hingegen wurde das deutsche Auftragsrecht bekanntlich in der jüngeren Vergangenheit vor dem Hintergrund europäischer Richtliniengebung u. a. durch das Überweisungsgesetz von 1999 sowie das sog. Verbraucherkreditrichtlinie-Umsetzungsgesetz von 2009 reformiert.

Trotz der zahlreichen historisch gewachsenen Parallelen und Kongruenzen zwischen schweizerischem und deutschem Auftragsrecht⁷ existiert eine ganze Reihe bedeutsamer Unterschiede. Insbesondere ist im Schweizer Recht die Unentgeltlichkeit anders als nach deutscher Dogmatik für den Auftrag gerade nicht begriffswesentlich. Auch das Verhältnis zwischen Auftrag und Vollmacht ist in der Schweiz (leicht) abweichend geregelt. Überdies bestehen im Einzelnen unterschiedliche Regelungen bei der Beendigung des Auftrags. Die Praxis zeigt, dass Parteien – häufig ohne weitere Abklärungen – eine Rechtswahl zugunsten schweizerischen Rechts treffen, ohne sich im Detail darüber im Klaren zu sein, was dies für ihr Vertragswerk als Ganzes bedeutet. Für den Praktiker ist es daher unerlässlich, sich vor einer Entscheidung für schweizerisches Recht über die Rechtsnatur des betreffenden Vertrags bewusst zu sein. Denn obwohl entscheidende Aspekte gerade in B2B-Beziehungen regelmäßig vertraglich geregelt werden, kommt man nicht umhin zu bestimmen, welche zwingenden Vorschriften des schweizerischen Rechts allenfalls zu beachten sind.⁸ Schließlich kommt es in der Praxis immer wieder vor, dass sich Parteien trotz – oder auch gerade wegen – ausführlicher vertraglicher Regelungen nicht darüber im Klaren sind, dass und mit welchem Inhalt im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bei Nichtregelung eines spezifischen Aspekts das dispositiv-gesetzrechtliche zur Anwendung gelangt.

2. Vertragsqualifikation und Abgrenzungsfragen

a) Vertragsqualifikation

Der Begriff „Auftrag“ wird im allgemeinen Geschäftsgebrauch häufig untechnisch im Sinne einer nur einseitigen Willenskundgabe verwendet. Ersuchen um eine Gefälligkeit oder Weisungen innerhalb eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses werden nicht weniger oft als „Auftrag“ bezeichnet als etwa Anträge zum Abschluss von Kauf-, Werk-, Fracht- oder Mäklerverträgen. Der Gesetzgeber versteht den Begriff „Auftrag“, von wenigen Ausnahmen abgesehen,⁹ als das gesamte in Art. 394 ff. OR geregelte Rechtsverhältnis, d. h. als einen Vertrag, durch den jemand für einen anderen in dessen Interesse gewisse von ihm übertragene Geschäfte oder Dienste vertragsgemäß besorgt (Art. 394 Abs. 1 OR).¹⁰ Im Einzelfall ist durch Auslegung zu ermitteln, welche rechtliche Bedeutung dem jeweils verwendeten Terminus zukommen soll.

Art. 394 Abs. 1 OR¹¹ bezeichnet, teils konkludent, die Parteien des Auftragsverhältnisses (Auftraggeber, Beauftragter),¹² bestimmt die Hauptleistungspflicht des Beauftragten (vertragsgemäße Besorgung der übertragenen Geschäfte oder

Dienste) und legt fest, dass der Auftrag einen Vertrag voraussetzt, mithin nur konsensual zustande kommen kann („durch Annahme eines Auftrages“). Letzteres richtet sich, vorbehaltlich Art. 395 OR,¹³ nach allgemeinen Grundsätzen, weshalb der Vertragsschluss auch konkludent erfolgen kann. Entscheidend ist, ob der Tätigwerdende nach den Umständen und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nach Treu und Glauben auf einen entsprechenden Rechtsbindungswillen seines Gegenübers vertrauen konnte.¹⁴ Nach allgemeinen Regeln beurteilen sich grundsätzlich auch eine Bedingung oder Befristung sowie die Ungültigkeit oder Anfechtbarkeit von Aufträgen.¹⁵ Entsprechend der offenen gesetzlichen Vorgaben umfasst die Palette der dem Beauftragten übertragbaren Geschäfte sämtliche (nicht widerrechtliche, sittenwidrige oder unmögliche) Tätigkeiten – von reinen Tathandlungen¹⁶ bis zur Vornahme komplexer Rechtshandlungen, vom einfachen Gelegenheitsauftrag bis hin zum praktisch häufigen Dauerauftrag mit großer wirtschaftlicher Bedeutung.¹⁷ Der Leistungsumfang richtet sich nach dem Parteiwillen.

Anders als im deutschen Recht, das den Auftrag in Abgrenzung zum Dienst- bzw. Werkvertrag als „Gefälligkeitsvertrag“ ohne Gegenleistung ausgestaltet (§ 662 BGB),¹⁸ ist die Unentgeltlichkeit des Auftrags im OR, wie bereits erwähnt, nicht begriffswesentlich (Art. 394 Abs. 3 OR). Stattdessen kann der Auftrag entgeltlich (dann synallagmatisch) oder unentgeltlich (dann unvollkommen zweiseitig) ausgestaltet sein.¹⁹ Abgesehen vom so verstandenen Auftrag sowie dem Werkvertrag kennt das schweizerische Recht keinen typisierten Dienstvertrag. Diese dogmatischen Unterschiede sind freilich ohne größere praktische Bedeutung, weil das

7 Diese Parallelen ergeben sich namentlich aus dem gemeinsamen Vorbild im „Dresdener Entwurf“ sowie dessen Vorbildern.

8 Dazu näher unten II. 3.

9 So etwa Art. 395 OR.

10 Diese Begriffsdefinition liegt auch dem vorliegenden Beitrag zugrunde.

11 Art. 394 Abs. 1 OR lautet: „Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäß zu besorgen.“

12 Obschon sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Beauftragtenseite eine Personenmehrheit auftreten kann (Art. 403 OR), wird im vorliegenden Beitrag der erleichterten Lesbarkeit wegen jeweils der Singular verwendet. Aus denselben Gründen wird im Folgenden die männliche Personenbezeichnung als Ausdruck gewählt, der sich auf Personen beider Geschlechter bezieht.

13 Ähnlich wie § 362 des deutschen HGB begründet Art. 395 OR in Konkretisierung von Art. 6 OR eine Vermutung, wonach das Schweigen des Beauftragten in den genannten Fällen der öffentlichen oder gewerbsmäßigen Beauftragung als Annahme gilt. Sein Regelungsgehalt entspricht demnach weitgehend § 663 BGB, wobei dieser freilich nur eine Anzeigepflicht vorsieht.

14 BGE 116 II 696; ferner *Weber*, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl. 2011 (zitiert: BSK-*Bearbeiter*), Art. 395 Rdnr. 5 f. Hinzuweisen ist ferner auf das Zustandekommen eines Auftrags *ex tunc* durch nachträgliche Genehmigung gewisser Tätigkeiten, z. B. eines vom vollmachtlosen Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts; BGE 89 II 326.

15 Zur Bedingung und Befristung BSK-*Weber* (Fn. 14), Art. 395 Rdnr. 14 f.; die objektive Nichtigkeit beurteilt sich namentlich nach Art. 20 OR; eingehend zur Anfechtung wegen Willensmängeln *Fellmann*, in: Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, Art. 394–406 OR, 1992 (zitiert: BK-*Bearbeiter*), Art. 395 Rdnr. 87 ff.

16 Hierunter fallen beispielsweise Pflege- und Behandlungsverträge, Rechtsberatungsverträge inkl. Schiedsrichter-Verträge, Architekten- und Ingenieurverträge, Immobilienverwaltungsverträge oder auch Bankverträge.

17 Bundesgericht, 4C.316/2001, E.1.b; BK-*Fellmann* (Fn. 15), Art. 394 Rdnr. 129 ff. m. w. Nachw.; a. M. *Gauch*, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. 1968, S. 11 f.

18 Seine Unentgeltlichkeit darf allerdings nicht zu der Fehlvorstellung verleiten, das Auftragsrecht spiele in Deutschland eine untergeordnete Rolle; so aber u. E. zu Unrecht *Dueblin/Wyss*, 9/2013 Beschaffungsmanagement, 36, 38. Nicht zuletzt aufgrund der zahlreichen Verweisungen aus anderen Rechtsgebieten ist das Gegenteil der Fall.

19 BSK-*Weber* (Fn. 14), Art. 394 Rdnr. 4 m. w. Nachw.

deutsche Auftragsrecht wiederum eine weitgehende Ausdehnung auf entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge (§§ 675 ff. BGB) sowie auf unentgeltliche Dienst- und Werkleistungen einfacher Natur erfährt.

Eine Formvorschrift für den Abschluss von Aufträgen enthalten die Art. 394 ff. OR nicht. Anders als mitunter im deutschen Recht²⁰ gilt dies gemäß (bisweilen kritischer²¹) Rechtsprechung auch dann, wenn der Gegenstand des Auftrags selbst der Abschluss eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts ist.²² Wohl aber bedarf der Beauftragte zur Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte, u. a. bestimmte Verfahrenshandlungen sowie Grundstücksgeschäfte, einer dem deutschen Recht jedenfalls in diesem Zusammenhang unbekanntem Spezialvollmacht (Art. 396 Abs. 3 OR).²³

b) Abgrenzungen

Aufgrund der nachfolgend näher zu erörternden Besonderheiten des schweizerischen Auftragsrechts ist es in der Praxis wichtig, sich darüber klar zu sein, wie sich der Auftrag von anderen relevanten Rechtsgeschäften abgrenzt. Gerade das Beendigungsrecht (Art. 404 OR)²⁴ stellt eine auftragsrechtliche Besonderheit dar, deren (analoge) Übertragung auf andere Verträge nicht leichthin erfolgen darf.²⁵

Nach Art. 394 Abs. 1 OR muss der Beauftragte die ihm vom Auftraggeber übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäß besorgen. Gegenstand des Auftrags ist also das Tätigwerden für einen anderen. Leistungen, die in einer schuldnerischen Tätigkeit bestehen, kennt das OR auch anderweitig, etwa beim Arbeits-, Werk-, Mäkler-, oder Agenturvertrag sowie in den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Mäkler- und Agenturvertrag betreffen derart spezielle Tätigkeiten (Art. 412 Abs. 1 OR bzw. Art. 418a Abs. 1 OR), dass die Abgrenzung gegenüber dem einfachen Auftrag wenig Schwierigkeiten bereitet. Die auftragslose Geschäftsbesorgung nach Art. 419 ff. OR unterscheidet sich gerade durch den fehlenden Vertragsschluss.

Unternehmen (sjuristen) sind gut beraten, sich bereits bei der Gestaltung von Verträgen Gedanken über die verschiedenen Vertragstypen zu machen. Nur so lässt sich beispielsweise die Vereinbarung von Gewährleistungs- bzw. Haftungsregeln oder auch von Vertragsbeendigungstatbeständen vermeiden, die von Beginn an auf falschen Prämissen formuliert wurden. Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden insbesondere jene Kriterien näher erörtert, mithilfe derer sich der Auftrag im schweizerischen Recht von der Gefälligkeit, vom Werkvertrag, vom Arbeitsvertrag, vom Fracht- und Speditionsvertrag sowie von der einfachen Gesellschaft abgrenzt.

aa) Abgrenzung zur Gefälligkeit

Die Abgrenzung zwischen außerrechtlichen Gefälligkeiten des täglichen Lebens und unentgeltlichem Auftrag ist im Einzelfall schwierig, aber wichtig, weil aus der Gefälligkeit – anders als beim Auftrag²⁶ – grundsätzlich weder Erfüllungs- noch vertragliche Haftungsansprüche entstehen.²⁷ Während bei Entgeltlichkeit zwingend Auftragsrecht greift, ist im Übrigen der Rechtsbindungswille maßgebend, also die Frage, ob der durch eine gewisse Zusage Begünstigte diese als rechtlich bindend verstehen durfte und musste.²⁸

Dies ist im Einzelfall durch Auslegung des Parteiverhaltens zu ermitteln. Dabei gelten ähnliche Grundsätze wie im deutschen Recht: So liegt die Annahme eines Auftrags dann nahe, wenn ein erkennbares, meist wirtschaftliches Interesse des Begünstigten an einer rechtlichen Bindung des für ihn

Handelnden besteht.²⁹ Gleichzeitig ist zu fragen, ob der Handelnde wirklich mit einer vertraglichen Haftbarkeit rechnen muss, obwohl er die Leistung unentgeltlich und sogar gefälligkeitshalber erbringt. Praktische Bedeutung erlangen diese Fragen regelmäßig im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Erteilung von Rat und Auskunft.³⁰

bb) Abgrenzung zum Werkvertrag

Im Unterschied zum Werkvertrag, wo der Unternehmer die Herbeiführung eines Erfolgs, namentlich die Herstellung und Ablieferung eines Werks gegen Entgelt („*obligation de résultat*“) schuldet, besteht die Verpflichtung des Beauftragten lediglich im sorgfältigen Tätigwerden („*obligation de moyens*“).³¹ In der Praxis führt diese scheinbar einfache Abgrenzung regelmäßig zu erheblichen Schwierigkeiten.³² Letztlich entscheidet der ggf. durch Auslegung zu ermittelnde Vertragsinhalt darüber, ob die Leistungspflicht überhaupt als Erfolg versprochen werden kann und auch tatsächlich versprochen wurde und somit ein Werkvertrag vorliegt. Die Abgrenzung hat mithin von Fall zu Fall erfolgen.³³ Der bundesgerichtliche Lackmestest läuft meist auf die Frage hinaus, ob die geschuldete Leistung objektiv messbar ist und garantiert werden kann.³⁴ Ist die Frage zu bejahen, so liegt ein Werkvertrag vor, andernfalls ein Auftrag.³⁵

cc) Abgrenzung zum Arbeitsvertrag

Wie bereits erwähnt, gilt für sämtliche Verträge über Arbeitsleistung, die sich unter keine besondere Vertragsart des OR subsumieren lassen, subsidiär das Auftragsrecht (Art. 394 Abs. 2 OR). Die Abgrenzung zum Arbeitsvertrag fällt leicht, wenn eine unentgeltliche Dienstleistung in Rede steht; in einem solchen Fall gelangt stets Auftragsrecht zur Anwendung, da der Arbeitsvertrag zwingend entgeltlich ist.

Im Übrigen ist vornehmlich über das Merkmal der Subordination abzugrenzen: Während der Beauftragte selbst bestimm-

20 Seiler, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4: Schuldrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2012 (zitiert: MüKo-Bearbeiter), § 662 Rdnr. 6 ff.

21 BSK-Weber (Fn. 14), Art. 395 Rdnr. 10 m. w. Nachw.

22 BGE 112 II 332; BGE 86 II 36; ferner BK-Fellmann (Fn. 15), Art. 395 Rdnr. 24.

23 Dazu näher unten II.6.

24 Dazu näher unten II.8.

25 Huguenin (Fn. 5), Rdnr. 3226.

26 Dazu näher unten II.4, II.5 und II.7.

27 Honsell (Fn. 6), S. 318; im Rahmen der Gefälligkeit kann eine Haftung sich nur auf außer- bzw. quasivertragliche Grundlagen stützen; z. B. BGE 129 III 181; BGE 124 III 363.

28 BK-Fellmann (Fn. 15), Art. 394 Rdnr. 202 f.

29 Zum deutschen Recht BGHZ 21, 102, 107, 108; BGH, NJW 1992, 498; BGH, NJW-RR 1993, 795; zum schweizerischen Recht Huguenin (Fn. 5), Rdnr. 3233.

30 Das Bundesgericht arbeitet hier vor allem mit dem Kriterium der Berufsmäßigkeit; BGE 116 II 695.

31 Statt vieler BSK-Zindel/Pulver (Fn. 14), Vor Art. 363–379 Rdnr. 8; BGE 127 III 329.

32 Insbesondere bei Gutachterverträgen, Architektenverträgen, IT-Verträgen und bei Kooperationen in den Bereichen Forschung und Entwicklung ist diese Zuweisung zuweilen problematisch. Um diese Problematik zu entschärfen, kann sich die Vereinbarung von Rahmenverträgen anbieten, wenn zwei Unternehmen immer wieder nicht nur Werkverträge, sondern auch Aufträge miteinander abschließen. Da solche Rahmenverträge in der Regel zwei oder mehrere Vertragstypen gesamthaft behandeln, ist bei ihrer Formulierung besondere Vorsicht angezeigt; dazu Dueblin/Wyss, Beschaffungsmanagement 9/2013, 36, 39.

33 Huguenin (Fn. 5), Rdnr. 3134.

34 In BGE 127 III 328 etwa prüfte das Bundesgericht beim Gutachtervertrag, ob die Richtigkeit des Gutachtenergebnisses nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann, und kam im Einzelfall zum Schluss, dass Verkehrswertschätzungen nicht objektiv nachprüfbar seien. Vgl. Rusch, BJM 2013, 285, 296 m. w. Nachw.

35 Statt vieler BGE 134 III 365; BGE 127 III 545.

men kann, wo und wann er für den Auftraggeber tätig wird, ist der Arbeitnehmer in aller Regel in den Betrieb des Arbeitgebers integriert. Indizwirkung hat ferner die Weisungsgebundenheit, die beim Arbeitnehmer umfassender ist (Art. 321d OR) als beim Beauftragten, der nur mit Blick auf die Besorgung der übertragenen Geschäfte an Weisungen seitens des Auftraggebers gebunden ist (Art. 397 Abs. 1 OR).³⁶ Weitere Indizien für die Annahme eines Auftragsverhältnisses sind die Stellung von Material und Werkzeug sowie die Versicherung von Risiken durch den Beauftragten selbst.³⁷ Das Zeitmoment hingegen erscheint als Abgrenzungskriterium untauglich, weil auch der Auftrag nach Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie überwiegender Lehrmeinung als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet sein kann.³⁸

dd) Abgrenzung zum Fracht- und Speditionsvertrag

Beim Frachtvertrag verpflichtet sich der Frachtführer – zwingend gegen Entgelt³⁹ – zum Transport von Sachen an einen bestimmten Ort. Erfolgt der Transport entgeltlos, liegt kein Frachtvertrag vor, sondern ein Auftrag. Die für den Frachtvertrag gesetzlich vorgesehene subsidiäre Geltung des Auftragsrechts (Art. 440 Abs. 2 OR) wird vielfach kritisiert,⁴⁰ da es sich letztlich um einen „verkaptten Werkvertrag“ handle, bei dem die Erbringung eines Arbeitserfolgs (Transport) und gerade nicht bloßes Tätigwerden geschuldet sei.⁴¹ Nicht selten wird in diesem Zusammenhang auch auf das deutsche Recht verwiesen, wo der Transportvertrag bekanntlich nach ganz h. M. dem Werkvertragsrecht untersteht.

Nicht Frachtführer, sondern Spediteur ist, wer gegen Entgelt die Ver- oder Weitersendung von Gütern in eigenem Namen für Rechnung des Versenders besorgt (Art. 439 OR). Der Spediteur befördert nicht selbst, sondern übernimmt die Organisation des Transports. Der Speditionsvertrag ist damit ein „Rechtshandlungsauftrag“, während der Frachtvertrag als „Tathandlungsauftrag“ zu qualifizieren ist.⁴² Auf den Speditionsvertrag gelangt in der Regel Kommissionsrecht zur Anwendung bzw., wenn es um den Transport selbst geht, Frachtvertragsrecht (Art. 439 OR). In beiden Fällen gilt daher subsidiär wiederum Auftragsrecht (Art. 425 Abs. 2 OR bzw. Art. 440 Abs. 2 OR).

ee) Abgrenzung zur einfachen Gesellschaft

Praktische Bedeutung kann gerade im Rahmen von Kooperationsverhältnissen, etwa in den Bereichen Forschung und Entwicklung, schließlich auch die Abgrenzung zwischen Auftrag und einfacher Gesellschaft erlangen.⁴³ Kerngehalt der einfachen Gesellschaft ist der von allen Gesellschaftern gemeinsam verfolgte Zweck, der mit vereinten Kräften oder Mitteln erreicht werden soll (Art. 530 OR). Während auch die Auftragsausführung im Interesse beider Parteien liegt, so bleiben diese doch unterschiedlich ausgeprägt: Der Auftraggeber erwartet ein vertragsgemäßes Tätigwerden, der Beauftragte entweder eine Vergütung oder aber eine immaterielle Förderung eigener Interessen. Auch unterscheidet sich das Weisungsrecht des Auftraggebers von der gemeinsamen Beschlussfassung auf Gesellschafterebene.

3. Zwingende Bestimmungen

Das schweizerische Vertragsrecht ist – effektiv noch stärker als das deutsche⁴⁴ – vom Grundsatz der Privatautonomie beherrscht.⁴⁵ Entsprechend sind auch die Normen des schweizerischen Auftragsrechts weitestgehend dispositiver Natur.

Gleichwohl sind einige zwingende gesetzliche Bestimmungen zu beachten. Zwingend ist nach herrschender Bundesgerichtspraxis Art. 400 OR in Bezug auf die Rechenschaftspflicht, nicht jedoch auch hinsichtlich der Herausgabepflicht des Beauftragten.⁴⁶ Im Rahmen des Leistungsumfangs ist auch die Sorgfaltspflicht (Art. 398 OR) des Beauftragten zwingendes Recht,⁴⁷ nicht hingegen die Verwendungs- und Schadenersatzpflicht des Auftraggebers (Art. 402 OR).⁴⁸ Zwingend ist schließlich nach h. L. und Rechtsprechung auch die Weisungsbefugnis des Auftraggebers (Art. 397 OR).⁴⁹

In engen Grenzen halten sich diejenigen zwingenden Normen des Allgemeinen Teils des OR, die im Auftragsrecht eine Rolle spielen. Dazu gehören vor allem Art. 100 Abs. 1 und 2 sowie Art. 101 Abs. 3 OR, die sich mit der Abbedingung bzw. Beschränkung der Haftung befassen.⁵⁰

Höchstrichterliche Rechtsprechung und Literatur streiten noch um die Frage, ob das jederzeitige Beendigungsrecht gemäß Art. 404 OR zwingender Natur ist. Die große Mehrheit der Lehre verneint dies, während das Bundesgericht dieser Lehrmeinung bisher nur schleichend gefolgt ist. Eine Gesetzesrevision sollte dieser Situation hoffentlich bald Abhilfe schaffen.⁵¹

4. Pflichten des Beauftragten

a) Hauptleistungspflicht: vertragsgemäße Auftragsausführung

Die Hauptleistungspflicht des Beauftragten besteht darin, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäß für den Auftraggeber zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Obschon der Beauftragte keinen bestimmten Erfolg schuldet, reicht bloßes Dulden oder Unterlassen nicht aus,⁵² sondern

36 Dazu näher unten II.4.d.

37 *Rehbinder/Stöckli*, in: Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Art. 319–330b OR, 2010 (zitiert: BK-Bearbeiter), Art. 319 Rdnr. 51.

38 BGE 104 II 115; BGE 106 II 159; BGE 126 III 21; Bundesgericht, 4C.316/2001, E.1b; Bundesgericht, 4C.447/2004, E. 5.2; Bundesgericht, 4C.125/2002, E. 2.1; BK-Fellmann, (Fn. 15), Art. 394 Rdnr. 130; *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3223 m. w. Nachw.; a. M. *Gauch* (Fn. 17), S. 11 f.; ferner auch BK-*Rehbinder/Stöckli* (Fn. 37), Art. 319 Rdnr. 50.

39 BGE 109 II 231, E. 3.c.aa.

40 *Bucher*, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 1988, S. 249; *Honsell* (Fn. 6), S. 381.

41 *Koller*, in: Berner Kommentar, Bd. VI/2/3/1, Art. 363–366 OR, 1998 (zitiert: BK-Bearbeiter), Art. 363 Rdnr. 11; *Weber*, Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, 1990, S. 175.

42 *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3496; zur Abgrenzung zwischen Fracht- und Speditionsvertrag ferner Handelsgericht Zürich, SJZ 1968, 7; Appellationsgericht Basel-Stadt, SG 2000 Nr. 1455, E.1.b–1.c.

43 Die einfache Gesellschaft gemäß Art. 530 ff. OR kann, vorbehaltlich kleinerer Unterschiede, als das schweizerrechtliche Äquivalent zur BGB-Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB bezeichnet werden.

44 Die Privatautonomie des BGB ist in der Vergangenheit vor allem von der europäischen Gesetzgebung und relevanter Rechtsprechung immer wieder spürbar eingeschränkt worden; im Hinblick auf die AGB-Kontrolle *Berger*, ZIP 2006, 2149; *Wagner*, in: *Blaurock/Hager*, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, S. 13, 36 m. w. Nachw. in Fn. 105; *Wagner*, in: *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, Jahresband 2009, S. 67 ff.; im Hinblick auf Verbraucherschutz und Antidiskriminierung *Honsell*, ZIP 2008, 621, 623; *Picker*, JZ 2002, 880; *Picker*, JZ 2003, 540.

45 Art. 19 Abs. 1 OR.

46 Dazu näher unten II.4.b.

47 Dazu näher unten II.4.e.

48 Dazu näher unten II.5.b.

49 BGE 81 II 231; BGE 65 II 164; SJZ 1980, 149; BSK-*Weber* (Fn. 14), Art. 397 Rdnr. 6; relativierend BK-*Fellmann* (Fn. 15), Art. 397 Rdnr. 28 f.

50 Dazu näher unten II.7.c.

51 Dazu näher unten II.8.

52 Ein Dulden oder Unterlassen kann aber Nebenpflicht sein; BSK-*Weber* (Fn. 14), Art. 394 Rdnr. 6.

nur ein positives Tun im Hinblick auf ein anzustrebendes Resultat.⁵³ Dessen Art und Umfang wiederum können stark variieren und beurteilen sich primär nach der Parteivereinbarung sowie nach den Weisungen des Auftraggebers (Art. 397 Abs. 1 OR).⁵⁴ Ist der Inhalt des Auftrags nicht ausdrücklich bezeichnet, bestimmt er sich nach Sinn und Zweck der übertragenen Tätigkeiten (Art. 396 Abs. 1 OR) sowie anhand des hypothetischen Auftraggeberwillens (Stichwort: Fremdnützigkeit).⁵⁵ Auftragsgegenstand kann entsprechend eine einmalige Angelegenheit oder aber ein über längere Zeit übertragener, größerer Aufgabenkreis sein.⁵⁶ Üblich sind etwa Tätigkeiten rechtsgeschäft(sähn)licher oder faktischer, wirtschaftlicher oder ideeller Natur.⁵⁷

Der Beauftragte hat den Auftrag abweichend von Art. 68 OR⁵⁸ persönlich auszuführen, es sei denn, die Übertragung an Dritte (Substitution) ist (i) vom Auftraggeber ausdrücklich gestattet, (ii) nach allgemeiner Übung zulässig, oder (iii) infolge der Umstände nötig (Art. 398 Abs. 3 OR).⁵⁹ Die berechnete Substitution beschränkt die Haftung des Beauftragten auf die sorgfältige Auswahl und Instruktion des Substituten (Art. 399 Abs. 2 OR). Bei unbefugtem Beizug haftet der Beauftragte für Verhalten des Substituten wie für sein eigenes (Art. 399 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2, 97 Abs. 1 OR). In beiden Situationen steht dem Auftraggeber, anders als im deutschen Recht,⁶⁰ ein direkter vertraglicher Haftungsanspruch auch gegen den Substituten zu (Art. 399 Abs. 3 OR),⁶¹ und zwar sowohl für beim Beauftragten entstandenen Schaden wie auch für eigenen.⁶² Substitut und Beauftragter haften dem Auftraggeber solidarisch.⁶³ Abgesehen von der Substitution darf der Beauftragte untergeordnete Aufgaben auch sog. Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) überlassen – freilich ohne gesetzliches Haftungsprivileg.⁶⁴ Diese Haftungsunterschiede erfordern klare Abgrenzungskriterien. Neben der im Vergleich zur Hilfsperson ausgeprägteren wirtschaftlich-rechtlichen Selbstständigkeit des Substituten⁶⁵ kommt es vor allem auf die Interessenlage an: Liegt der Beizug (überwiegend) im Interesse des Beauftragten selbst, rechtfertigt dies die strengere Haftung nach Art. 101 OR; erfolgt die „Delegierung“ dagegen maßgeblich im Auftraggeberinteresse, liegt Substitution vor.⁶⁶

b) Neben(leistungs)pflcht: Rechenschaft und Herausgabe

Den Beauftragten trifft die Neben(leistungs)pflcht,⁶⁷ dem Auftraggeber auf Verlangen jederzeit über seine Geschäfte Rechenschaft abzulegen und ihm alles herauszugeben, was ihm im Rahmen der Auftragsausführung vom Auftraggeber selbst oder von Dritten zugekommen ist (Art. 400 Abs. 1 OR).⁶⁸ Abgesehen von einer allfälligen Vergütung (Art. 394 Abs. 3 OR) soll der Beauftragte durch den fremdnützigen Auftrag weder Gewinn noch Verlust machen.⁶⁹ Rechenschaftsablegung- und Herausgabepflcht werden spätestens bei Auftragsbeendigung aktuell und können die Pflicht zur Auftragsausführung überdauern.⁷⁰

Im Einzelnen verpflichtet Art. 400 Abs. 1 OR den Beauftragten zur Rechnungsführung und Abrechnung,⁷¹ zur Rechenschaft im Sinne einer Informations-,⁷² Auskunft-, und Beratungspflicht⁷³ sowie zur Herausgabe von Vermögenswerten, Dokumenten, Geldsummen und sonstigen Sachleistungen und Rechtspositionen. Namentlich die Herausgabepflcht erlangt praktisch große Bedeutung, vor allem kraft gesetzlicher Verweisung aus anderen Rechtsverhältnissen mit Geschäftsbesorgungscharakter wie etwa die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 424 OR) oder im Verhältnis zwi-

schen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Gesellschaftern (Art. 540 Abs. 1 OR).⁷⁴ Wie bereits erwähnt, ist Art. 400 Abs. 1 OR nur für die Rechenschafts-,⁷⁵ nicht aber auch für die Herausgabepflcht zwingend.⁷⁶

53 *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3247; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 394 Rdnr. 2.

54 Dazu näher unten II.4.d. Sog. Verhaltensweisungen, z. B. zu Ort oder Organisation der Arbeit, sind wegen der fehlenden Subordination und der Selbstständigkeit des Beauftragten ausgeschlossen; *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3272.

55 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 396 Rdnr. 3. Obwohl die Auslegungsregel des Art. 396 Abs. 1 OR im BGB keine Entsprechung findet, gelangen Rechtsprechung und h. L. in Deutschland mittels einer interessensbasier- ten Auslegung der getroffenen Vereinbarung meist zu einem ähnlichen Ergebnis.

56 Bundesgericht 4C.316/2001, E.1.b, wonach Aufträge in Form von Dauerschuldverhältnissen auftreten können; *BK-Fellmann* (Fn. 15), Art. 394 Rdnr. 129 ff.; a.M. *Gauch* (Fn. 17), S. 11 f.; *BK-Rehbinder/Stöckli* (Fn. 37), Art. 319 Rdnr. 50.

57 *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3223.

58 Art. 68 OR lautet: „Der Schuldner ist nur verpflichtet, persönlich zu leisten, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt.“

59 Aufgrund ihres Ausnahmeharakters ist die *lex specialis* des Art. 389 Abs. 3 OR restriktiv auszulegen; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 5 f. m. w. Nachw. und konkreten Beispielen.

60 Wird der Substitut nicht namens und mit Vollmacht des Hauptauftraggebers tätig, so gehen nach deutschem Recht die Rechte des Beauftragten gegenüber dem Substituten nur im Rahmen der Herausgabepflcht (§ 667 BGB) auf den Auftraggeber über; *MüKo-Seiler* (Fn. 20), § 667 Rdnr. 10 f.

61 Insoweit besteht eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR).

62 BGE 121 III 310 E. 4; *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3261 m. w. Nachw. Der Substitut ist im Verhältnis zum Auftraggeber Geschäftsführer ohne Auftrag und haftet demnach für jede Fahrlässigkeit (Art. 420 Abs. 1 OR); BGE 110 II 183.

63 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 399 Rdnr. 6 m. w. Nachw.

64 Beim berechtigten Einsatz von Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) wird deren Verschulden dem Beauftragten nach Art. 101 OR im Sinne einer umfassenden Kausalhaftung wie eigenes zugerechnet (z. B. BGE 92 II 15, E. 3; BGE 130 III 591, E. 5; Bundesgericht, 4C.307/2003, E. 5.2); beim unberechtigten Einsatz verletzt der Beauftragte den Auftrag und haftet unmittelbar selbst nach Art. 97 Abs. 1 ggf. i.V.m. Art. 101 OR (*Huguenin* [Fn. 5], Rdnr. 3256 m. w. Nachw.).

65 BGE 112 II 353.

66 BGE 112 II 347; *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3252 ff.; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 3 f. m. w. Nachw.; kritisch *Honsell* (Fn. 6), S. 326 f. Bei Haftungskonkurrenz zwischen Ingenieur und Architekt kann Letzterer beispielsweise nur dann Hilfsperson des Bauherrn sein, wenn ihm gewisse Rechte des Bauherrn gegenüber dem Ingenieur übertragen wurden, z. B. die Weisungs- und Auskunftserteilung (BGE 125 III 224). Werden hingegen sowohl Ingenieur als auch Architekt in ihrem originären Aufgabenkreis tätig und klagt der Bauherr den Ingenieur ein, so kann der Architekt im Verhältnis zum Ingenieur nicht als Hilfsperson des Bauherrn qualifiziert werden (Bundesgericht, 4C.380/1998); weitere Beispiele bei *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 4.

67 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 394 Rdnr. 5.

68 Art. 400 OR vereint damit in sich die im deutschen Recht getrennten Regelungen zur Auskunft- und Rechenschaftspflicht (§ 666 BGB) bzw. zur Herausgabepflcht (§ 667 BGB).

69 *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3277 m. w. Nachw.; wegen des dispositiven Charakters von Art. 400 OR (BGE 132 III 460, E.4.2.) ist der Herausgabeanspruch indes verzichtbar, soweit die Fremdnützigkeit des Auftrags unberührt bleibt.

70 BGE 101 II 120.

71 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 400 Rdnr. 7 ff.

72 Während sich die Pflicht des Beauftragten zur unaufgeforderten Information des Auftraggebers im Schweizer Recht mangels ausdrücklicher Regelung in Art. 400 OR nur aus der allgemeinen Treupflcht (Art. 398 Abs. 2 OR) herleiten lässt (dazu BGE 110 II 372 sowie unten II. 4. c), ergibt sich die entsprechende Pflicht im deutschen Recht unmittelbar aus dem Wortlaut von § 666 BGB.

73 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 400 Rdnr. 5.

74 Bei der Vermögensverwaltung umfasst die Herausgabepflcht laut Bundesgericht auch die sog. Retrozessionen, also jene Provisionen, die Vermögensverwalter von Banken erhalten; z. B. Bundesgericht, 4A.427/2011, E. 4; BGE 137 III 393, E. 2; BGE 132 III 460, E. 4 mit Hinweisen zu den besonderen Voraussetzungen eines Verzichts in diesen Fällen.

75 BGE 82 II 558; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 400 Rdnr. 21.

76 Bundesgericht, 4A.266/2010; BGE 132 III 460, E.4.2 m. w. Nachw.; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 400 Rdnr. 21.

c) Sonstige Nebenpflichten kraft allgemeiner Treuepflicht

Art. 398 Abs. 2 OR verpflichtet den Beauftragten zur „getreue[n] (...) Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes“, d. h. zur Loyalität gegenüber dem Auftraggeber.⁷⁷ Diese generelle Treuepflicht ist eine „wesentliche Nebenpflicht“,⁷⁸ die im Einzelfall nicht nur während, sondern auch nach Bestehen des Auftrags gilt.⁷⁹ Der Beauftragte hat eigene (Verdienst-)Interessen jenen des Auftraggebers unterzuordnen und sich entsprechend zu verhalten.⁸⁰ Konkret kann die Treuepflicht die Form von (i) Obhuts- und Schutzpflichten,⁸¹ (ii) Auskunfts- und Informationspflichten⁸² oder (iii) Geheimhaltungs- und Diskretionspflichten⁸³ annehmen.⁸⁴ Zur Treuepflicht gehören weiter die vertragsgemäße Verwahrung bzw. Verwendung von zur Auftragsausführung überlassenen Gegenständen sowie die Pflicht zur weitestgehenden Auflösung bzw. Einschränkung von Interessenkollisionen in Gestalt des Selbstkontrahierens oder der Doppelvertretung.⁸⁵

d) Weisungsgebundenheit

Ein vorbestimmtes Maß an Selbstständigkeit des Beauftragten ist *per se* keine Voraussetzung für das Vorliegen eines Auftrags. Vielmehr kann dies in der Praxis stark variieren. Neben der Parteivereinbarung sowie Zweck und Gegenstand des Auftrags selbst konkretisieren vor allem die auftraggeberischen Weisungen den verfügbaren Handlungsspielraum des Beauftragten.

Die Weisungserteilung erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (kein Gestaltungsrecht) und ist für den Beauftragten grundsätzlich bindend (Art. 397 Abs. 1 OR).⁸⁶ Da der Beauftragte aber in erster Linie im Interesse des Auftraggebers handeln muss, ist er nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, jede Weisung kritisch zu prüfen und den Auftraggeber auf Unklarheiten oder interessewidrige Konsequenzen hinzuweisen (sog. Abmahnung).⁸⁷ Eigenmächtiges Abweichen von Weisungen ist nur statthaft, wenn die Einholung einer Erlaubnis unzulässig und anzunehmen ist, der Auftraggeber hätte die Abweichung bei Kenntnis der Sachlage gebilligt (Art. 397 Abs. 1 OR).

Unterlässt der Beauftragte indes eine gebotene Abmahnung oder weicht er unberechtigt von einer Weisung ab, so haftet er gemäß Art. 397 Abs. 2 OR für dadurch entstandenen Schaden (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. 97 Abs. 1 OR).⁸⁸ Hält der Auftraggeber auch nach erfolgter Abmahnung an der Ursprungsweisung fest, muss der Beauftragte ihr entweder Folge leisten oder den Auftrag gesamthaft beenden (Art. 404 Abs. 1 OR).⁸⁹ Kommt er ihr nach, entfällt eine Schadenersatzpflicht jedenfalls im Umfang eines auftraggeberischen Eigenverschuldens (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR).⁹⁰ Unsittliche, unmögliche oder rechtswidrige Weisungen sind für den Beauftragten unverbindlich (Art. 19f. OR), beeinträchtigen die Gültigkeit des Auftrags als solchen aber nicht (Art. 20 Abs. 2 OR analog). Das Recht des Auftraggebers zur Weisungserteilung ist Rechtsprechung und h. L. zufolge zwingend.⁹¹

e) Sorgfaltspflicht

Bei der Erfüllung seiner Haupt- und Nebenpflichten ist der Beauftragte zur Beachtung der gebotenen Sorgfalt und Sachkunde verpflichtet (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR).⁹² Es gilt ein vergleichsweise strenger, abstrakt-objektiver Maßstab: Das Handeln des Beauftragten muss gemessen am berufsspezifischen Durchschnittsverhalten und unter Beach-

tung der Einzelfallumstände vorwerfbar sein.⁹³ *Diligentia quam in suis* genügt daher vorbehaltlich einer speziellen Parteiabrede nicht.⁹⁴ Im Rahmen des vereinbarten Leistungsspektrums ist die Sorgfaltspflicht zwingend, was aber eine Beschränkung des Haftungsmaßstabs nach Art. 100 bzw. 101 OR nicht ausschließt.⁹⁵

5. Pflichten des Auftraggebers

a) Hauptpflicht: Vergütungsleistung (sofern geschuldet)

Wie bereits erwähnt, kann der Auftrag nach schweizerischem Recht entgeltlich oder unentgeltlich vereinbart werden.⁹⁶ Während der unentgeltliche Auftrag als solcher zunächst keinerlei vertragliche Verpflichtungen für den Auftraggeber begründet,⁹⁷ ist die Zahlung einer Vergütung, soweit sie vereinbart oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR),⁹⁸ dessen Hauptpflicht.

77 Die auftragsrechtliche Treuepflicht wird in der Schweiz, anders als in Deutschland (MüKo-Seiler [Fn. 20], § 662 Rdnr. 36), nicht als vertragliche Hauptpflicht, sondern als „wesentliche Nebenpflicht“ qualifiziert; z. B. BSK-Weber (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 8.

78 BSK-Weber (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 8.

79 BSK-Weber (Fn. 14), Art. 405 Rdnr. 14.

80 Werro, Le mandat et ses effets, Habil. 1993, Rdnr. 503 ff.

81 Obhuts- und Schutzpflichten gelten namentlich im Hinblick auf das Integritätsinteresse und die Rechtsgüter des Auftraggebers; BSK-Weber (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 9 m. w. Nachw.

82 Auskunfts- und Informationspflichten gelten im Einzelfall auch schon vor Beginn des Auftragsverhältnisses: So ist der Beauftragte verpflichtet, den Auftrag überhaupt nur bei Vorhandensein der insoweit notwendigen Fähigkeiten anzunehmen („Übernahmeverschulden“); Bundesgericht, 4C.126/2004, E. 2.2; BGE 124 III 162; Huguenin (Fn. 5), Rdnr. 3269 m. w. Nachw.; BSK-Weber (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 28 m. w. Nachw.

83 Diskretions- und Geheimhaltungspflichten können auch nach Beendigung des Auftrags fortbestehen, solange hieran ein berechtigtes Interesse besteht (BGE 91 I 205; BGE 106 II 225; BSK-Weber [Fn. 14], Art. 398 Rdnr. 11 m. w. Nachw.). Bei entgegenstehenden Eigeninteressen des Beauftragten an einer (limitierten) Offenlegung findet eine Interessenabwägung statt (BGE 97 I 837). Das Recht und die Pflicht des Auftraggebers zur Geheimhaltung erlöschen in aller Regel mit dem Tod des Auftraggebers; BSK-Weber (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 14 m. w. Nachw.

84 Zum Ganzen auch BGE 115 II 64 m. w. Nachw.

85 Trotz in der Schweiz – anders als im deutschen Recht (§ 181 BGB) – fehlender gesetzlicher Regelung ist das Selbstkontrahieren bzw. die Doppelvertretung nach ständiger Rechtsprechung unzulässig, wenn die Interessen von Auftraggeber und Beauftragtem in Gegensatz stehen; zu den Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit BSK-Weber (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 10, 15 ff. m. w. Nachw.

86 BSK-Weber (Fn. 14), Art. 397 Rdnr. 5 f.; BGE 91 II 440.

87 BSK-Weber (Fn. 14), Art. 397 Rdnr. 7 ff. m. w. Nachw.

88 BGE 107 II 224; Bundesgericht, 4C.471/2004, E. 2.2; BSK-Weber (Fn. 14), Art. 397 Rdnr. 10 ff. m. w. Nachw.; ob Art. 398 Abs. 2 OR eine eigene Haftungsgrundlage bildet oder aber in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 OR zu sehen ist, ist in der Literatur umstritten, aber ohne weitere praktische Relevanz.

89 BGE 117 Ib 197, E. 5 sowie weiter unten II. 8.

90 Vereinzelt wird insoweit auch die analoge Anwendung von Art. 369 OR vertreten.

91 BGE 81 II 231; BGE 65 II 164; SJZ 1980, 149; BSK-Weber (Fn. 14), Art. 397 Rdnr. 6; relativierend BK-Fellmann (Fn. 15), Art. 397 Rdnr. 28 f.

92 BSK-Weber (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 25 f.

93 BGE 127 III 357, E.1.c.; BGE 108 II 425; Bundesgericht 4C.159/2000, E. 1a.; BSK-Weber (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 27 m. w. Nachw.

94 BSK-Weber (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 28 m. w. Nachw.; auch BGE 56 II 375 zu etwaigen Haftungsbeschränkungen in diesem Sinne.

95 BSK-Weber (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 34 m. w. Nachw.

96 Dazu bereits oben II.1 und II.2. a.

97 Die sonstigen Pflichten des Auftraggebers, z. B. der noch näher zu erörternde Auslagen- und Aufwendersersatz, die Befreiung von Verbindlichkeiten, sowie die Schadenersatzpflicht können sich zwar im Laufe der Vertragsdurchführung ergeben, entstehen als solche aber nicht bereits mit Vertragsabschluss und stellen keinesfalls ein Entgelt dar.

98 Ob Art. 394 Abs. 3 OR eine „faktische“ Vermutung zugunsten der Entgeltlichkeit des Auftrags enthält, ist in der Lehre umstritten (bejahend BSK-Weber [Fn. 14], Art. 394 Rdnr. 35 m. w. Nachw.; BK-Fellmann [Fn. 15], Art. 394 Rdnr. 366, 388 m. w. Nachw.).

Der diesbezügliche Beweis obliegt dem Beauftragten.⁹⁹ Üblichkeit wird vor allem bejaht, wenn der Beauftragte berufsmäßig tätig wird.¹⁰⁰ Haben die Parteien keine Preisabrede getroffen, kann für die Vergütungshöhe ebenfalls auf die Üblichkeit abgestellt werden, entweder unmittelbar¹⁰¹ oder durch ergänzende Auslegung.¹⁰² Da heute Dienstleistungen in aller Regel kommerzialisiert sind, wird überwiegend von einer faktischen Umkehr der Vermutung des Art. 394 Abs. 3 OR ausgegangen.¹⁰³

Der Beauftragte ist grundsätzlich vorleistungspflichtig, d. h. sein Anspruch auf Auszahlung der Vergütung wird erst mit Erbringung der letzten aufgrund eines gültigen (Teil-)Auftrags geschuldeten Leistung fällig.¹⁰⁴ Überdies ist die Vergütung nur geschuldet, wenn der Auftrag einwandfrei und mit der gebotenen Sorgfalt ausgeführt wurde. Eine Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Beauftragten berechtigt den Auftraggeber daher entsprechend den Regelungen beim Kauf- oder Werkvertrag in Abhängigkeit vom relevanten Sorgfaltsverstoß zur Verweigerung bzw. Reduktion der Vergütung.¹⁰⁵

b) Auslagen-/Verwendungsersatz und Befreiung von Verbindlichkeiten

Unabhängig von der Entgeltlichkeit des Auftrags sind sämtliche Auslagen (in Geld) und Verwendungen (Verbrauch von Sachen), welche der Beauftragte „zur Durchführung des Auftrags vernünftigerweise getätigt hat“,¹⁰⁶ nach dispositiver Vorschrift (Art. 402 Abs. 1 OR) vom Auftraggeber samt Zinsen zu ersetzen.¹⁰⁷ Unter denselben Voraussetzungen gewährt Art. 402 Abs. 1 OR dem Beauftragten Anspruch auf Befreiung von jeglichen Verbindlichkeiten, die er als indirekter Stellvertreter des Auftraggebers eingegangen ist.¹⁰⁸

Notwendig ist neben dem gültigen Bestehen eines Auftragsverhältnisses allein die für dessen Ausführung objektive Erforderlichkeit der getätigten Auslage oder Verwendung bzw. Verbindlichkeit („in richtiger Ausführung“).¹⁰⁹ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, gebührt dem Beauftragten der Anspruch nach Art. 402 Abs. 1 OR ungeachtet der Nützlichkeit der getroffenen Maßnahmen und auch bei einem ihm möglicherweise zu Last fallenden Sorgfaltsverstoß. Für einen hierdurch entstandenen Schaden haftet der Beauftragte allein gemäß Art. 97 Abs. 1 i. V. m. Art. 398 Abs. 2 OR. Unnötige oder überhöhte Auslagen oder Verwendungen bzw. Verbindlichkeiten hingegen sind bereits nicht objektiv erforderlich, so dass ihr Ersatz vom Auftraggeber entsprechend abgelehnt werden darf.¹¹⁰

Wie bereits erwähnt, qualifizieren Bundesgericht und h. L. Art. 402 OR als dispositive Vorschrift,¹¹¹ weshalb z. B. Ansprüche auf Auslagen- und Verwendungsersatz kraft Abrede auch in die Vergütung hineingerechnet werden können. Die Auslagen- und Verwendungsersatzpflicht des Auftraggebers hat ebenso wie die Herausgabepflicht des Beauftragten (Art. 400 Abs. 1 OR) Bedeutung über das Auftragsrecht hinaus,¹¹² und zwar wiederum nicht zuletzt aufgrund zahlreicher gesetzlicher Verweisungen aus anderen Rechtsgebieten.

c) Sonstige Nebenpflichten

Nebenpflichten des Auftraggebers können sich aus dem Vertrag selbst oder aus der auch für den Auftraggeber geltenden allgemeinen Treuepflicht ergeben.¹¹³ So trifft den Auftraggeber etwa die Pflicht, den Beauftragten unter Ausschöpfung des ihm Zumutbaren vor Schaden zu schützen und ihn über bekannte bzw. vorhersehbare Gefahren zu informie-

ren.¹¹⁴ Abgesehen von diesen generellen Informations- und Schutzpflichten kann der Auftraggeber im Einzelfall auch zur Vornahme notwendiger Mitwirkungshandlungen gehalten sein, z. B. der Bereitstellung von Unterlagen, Räumen oder Material oder der Erteilung von Informationen oder Genehmigungen. Derartige Vorbereitungshandlungen sind in aller Regel keine Vertragspflichten, sondern bloße Obliegenheiten.¹¹⁵ Demnach kann deren Nichtvornahme durch den Auftraggeber nicht zu Schadenersatz führen. Im Einzelfall ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob die Parteien eine vertragliche Pflicht oder lediglich eine Obliegenheit vereinbart haben.

6. Verhältnis von Auftrag und Vollmacht

Der Beauftragte kann kraft Auftrag verpflichtet sein, Rechtsgeschäfte (i) im eigenen Namen mit Wirkung für sich selbst, (ii) im eigenen Namen mit Wirkung für den Auftraggeber (indirekte Stellvertretung) oder (iii) im Namen des Auftraggebers mit Wirkung für diesen (direkte Stellvertretung) abzuschließen.

Sofern nicht ausdrücklich vertraglich geregelt, bestimmt sich die Art des Tätigwerdens nach der Bevollmächtigung selbst sowie nach dem Inhalt des zu besorgenden Geschäfts.¹¹⁶ Liegt ein reiner Tathandlungsauftrag vor, erbringt der Beauftragte mithin vornehmlich Dienstleistungen, wird freilich in aller Regel – und vorbehaltlich eines gegenteiligen Auslegungsergebnisses – „nur“ indirekte Stellvertretung vorliegen. Für die direkte Stellvertretung benötigt der Beauftragte eine entsprechende Vollmacht des Auftraggebers.

Das Schweizer Recht trennt dogmatisch ebenso strikt zwischen Bevollmächtigung (einseitig im Innenverhältnis) und Auftrag (zweiseitig im Außenverhältnis) wie das deutsche („Abstraktheit“ der Vollmacht).¹¹⁷ Soweit indes die Tätigkeit des Beauftragten den Abschluss von Rechtsgeschäften im Sinne einer direkten Stellvertretung mit sich bringt,¹¹⁸ stellt Art. 396 Abs. 2 OR die gesetzliche Vermutung auf, dass ein

99 Bundesgericht, 4A.100/2008.

100 BGE 112 II 351; *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3283 m. w. Nachw.

101 BGE 101 II 111; BGE 82 IV 147; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 394 Rdnr.

39 m. w. Nachw.; a. M. *BK-Fellmann* (Fn. 15), Art. 394 Rdnr. 398 f.

102 *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3284 m. w. Nachw.

103 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 394 Rdnr. 16 m. w. Nachw.

104 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 394 Rdnr. 40 m. w. Nachw.

105 BGE 124 III 423, E. 3. b; *BK-Fellmann* (Fn. 15), Art. 394 Rdnr. 498 ff.;

BSK-Weber (Fn. 14), Art. 394 Rdnr. 43 m. w. Nachw.

106 *Honsell* (Fn. 6), S. 335; ferner *BK-Fellmann* (Fn. 15), Art. 402 Rdnr. 15 f.

107 Die Verzinsungspflicht entsteht nur bzgl. Auslagen, und zwar ab Eintritt der Vermögenseinbuße, d. h. ohne Mahnung. Obwohl im deutschen Recht (§ 670 BGB) nicht ausdrücklich vorgesehen, leiten Rechtsprechung und h. L. eine entsprechende Verzinsungspflicht des Auftraggebers aus §§ 669, 256 BGB her; *MüKo-Seiler* (Fn. 20), § 670 Rdnr. 12 m. w. Nachw.

108 Da der Forderungsgläubiger einer Schuldübernahme zustimmen muss (Art. 176 Abs. 3 OR), nimmt der Regress faktisch oft die Form eines Verwendungsersatzanspruchs an; BGE 88 II 169.

109 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 402 Rdnr. 6 m. w. Nachw.

110 Bundesgericht 4A.128/2011, E. 3.2.

111 Bundesgericht 4C.17/2003, E. 3.3.1; *BK-Fellmann* (Fn. 15), Art. 402 Rdnr. 59, 175; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 402 Rdnr. 16; a. M. *Derendinger*, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 1988, Rdnr. 42.

112 Dazu bereits oben II.4.b unter beispielhaftem Verweis auf Art. 424 und 540 OR.

113 Dazu bereits oben II.4.c.

114 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 402 Rdnr. 12 m. w. Nachw.

115 *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 968.

116 *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3240; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 396 Rdnr. 8 m. w. Nachw.

117 *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 1073, 3244 ff.; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 396 Rdnr. 6 m. w. Nachw.

118 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 396 Rdnr. 9; BGE 90 II 288; BGE 78 II 373.

solcher Rechtshandlungsauftrag sämtliche Bevollmächtigungen einschließt, die seine Ausführung jeweils erfordert.¹¹⁹ Im Fall eines *non liquet* hat der Beauftragte daher nur den gültigen Abschluss eines Rechtshandlungsauftrags, nicht jedoch seine Bevollmächtigung(en) als solche zu beweisen.¹²⁰ Das bedeutet aber auch, dass der Beauftragte bereits aufgrund des Auftrags im Namen des Auftraggebers tätig werden kann und muss, also auch dann, wenn dieser eine Vollmacht zusätzlich (noch) nicht erteilt hat.¹²¹

Die Vermutung gemäß Art. 396 Abs. 2 OR unterliegt freilich einer praktisch wichtigen Beschränkung, und zwar auch gegenüber gutgläubigen Dritten: Gewisse Rechtsgeschäfte wie beispielsweise Klageanhebung, Vergleichsabschluss, Schiedsabrede, Grundstücksveräußerung und -belastung oder Schenkungen, bedürfen einer (dem deutschen Recht in diesem Zusammenhang unbekannt) eigens erteilten Spezialvollmacht (Art. 396 Abs. 3 OR).¹²² Insoweit geht die h.L. davon aus, dass eine dem Übereilungsschutz dienende Formvorschrift im Hinblick auf das zu tätige Rechtsgeschäft auch die Vollmacht erfasst.¹²³

7. Haftungsfragen

a) Haftung des Beauftragten

Kommt der Auftraggeber infolge einer Pflichtverletzung des Beauftragten zu Schaden,¹²⁴ ist ihm das positive Vertragsinteresse (Erfüllungsinteresse) zu ersetzen.¹²⁵ Sorgfaltswidrigkeit ist der in der Praxis häufigste, aber freilich nicht der einzige Grund für eine Schlechterfüllung durch den Beauftragten: Wie schon gesehen, kommen daneben insbesondere das ungerechtfertigte Abweichen von Weisungen bzw. Unterlassen einer gebotenen Abmahnung,¹²⁶ die Verletzung der Pflicht zur persönlichen Ausführung¹²⁷ sowie jede sonstige Schädigung des Auftraggebers im Zuge der Auftragsausführung (Begleitschaden) in Betracht.¹²⁸

Fälle verspäteter Erfüllung beurteilen sich nach den allgemeinen Regeln des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR),¹²⁹ während der Auftraggeber bei Nichterfüllung ein Wahlrecht hat, entweder auf Erfüllung nebst Schadenersatz zu klagen, den Auftrag unter Wahrung sämtlicher Ansprüche zu beenden (Art. 404 OR)¹³⁰ oder aber zurückzutreten (Art. 107–109 OR).¹³¹ Hat der Beauftragte die objektive oder (bei Höchstpersönlichkeit) auch subjektive Unmöglichkeit der Auftragsausführung verschuldet, haftet er prinzipiell auf das positive Interesse (Art. 97, 119 OR);¹³² fehlt ein Verschulden, so behält der Beauftragte seine Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüche bis zum Eintritt der Unmöglichkeit.

b) Haftung des Auftraggebers

Gemäß dispositiver Gesetzesvorschrift haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für durch die Auftragsausführung entstandenen Schaden (Art. 402 Abs. 2 OR),¹³³ wobei dieser vom Auftraggeber selbst, von Dritten oder auch durch Zufall verursacht sein kann.¹³⁴

Als Vertragsverletzung kommt dabei vor allem eine Verletzung der Nebenpflicht in Betracht, alles Zumutbare zu unternehmen, um den Beauftragten vor Schaden zu bewahren.¹³⁵ Ferner muss der entstandene Schaden die adäquatkausale Folge der Mandatsführung und vom Auftraggeber verschuldet sein, wobei Letzteres widerlegbar vermutet wird. Es genügt insoweit schon ein geringes Verschulden aufseiten des Auftraggebers,¹³⁶ wobei ein Mitverschulden des Beauftragten im Rahmen einer Abwägung haftungsreduzierend oder ausnahmsweise gar haftungsausschließend

berücksichtigt werden kann.¹³⁷ Der Anspruch nach Art. 402 Abs. 2 OR geht auf Ersatz des Integritätsinteresses und den Ausgleich unnützer Kosten (negatives Vertragsinteresse).¹³⁸

Zur Vermeidung einer systemwidrigen Schlechterstellung gegenüber dem auftragslosen Geschäftsführer¹³⁹ anerkennt das Bundesgericht schließlich einen Schadenersatzanspruch des unentgeltlich tätigen Beauftragten auch gegen einen schuldlosen Auftraggeber (Art. 422 Abs. 1 OR analog).¹⁴⁰ Zu ersetzen ist in diesen Fällen nach richterlichem Ermessen der mit der unentgeltlichen Erfüllung des Auftrags funktional verbundene Schaden.

c) Allgemeine Regeln bei Haftungsausschluss und -beschränkung

Auch im Auftragsrecht kann die Haftung nach Schweizer Recht abbedungen oder beschränkt werden. Anwendbar sind die im Allgemeinen Teil des OR in Art. 100 und Art. 101 OR enthaltenen Bestimmungen zur Freizeichnung.

Von besonderem Interesse ist der zwingende Art. 100 Abs. 1 OR,¹⁴¹ demzufolge „[e]ine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder

119 Eine Art. 396 Abs. 2 OR entsprechende Regelung bzw. der darin enthaltene Schluss vom Rechtshandlungsauftrag auf die Vollmacht ist dem deutschen Recht unbekannt, so dass insoweit ausdrückliche Vollmachterteilung verlangt wird. Allerdings wird im deutschen Recht umgekehrt von der Bevollmächtigung zur Vornahme von Rechtshandlungen auf die konkludente Erteilung eines entsprechenden Auftrags geschlossen.

120 *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3241 m. w. Nachw.

121 So aber nach deutschem Recht, wo der Beauftragte ohne eine erforderliche Vollmacht des Auftraggebers (notwendige Mitwirkungshandlung) nicht tätig zu werden braucht; *MüKo-Seiler* (Fn. 20), § 662 Rdnr. 46 f.

122 Art. 396 Abs. 3 OR gilt in der aktuellen Fassung seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. 1. 2011.

123 *Honsell* (Fn. 6), S. 315 f.; a.M. *BK-Fellmann* (Fn. 15), Art. 396 Rdnr. 124 ff. m. w. Nachw.

124 Dies beurteilt sich nach allgemeinen Grundsätzen (Art. 97 Abs. 1 OR), d. h. der Schaden im Sinne einer Vermögenseinbuße muss die adäquatkausale Folge einer vom Beauftragten verschuldeten Sorgfaltswidrigkeit sein; BGE 132 III 363.

125 BGE 119 II 252; *Gutzwiler*, SJZ 2005, 357, 361 f.; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 30; abweichend BGE 124 III 166. Reine Affektionsinteressen sind hingegen nur unter den Voraussetzungen von Art. 49 OR zu ersetzen.

126 Dazu bereits oben II.4.d.

127 Dazu bereits oben II.4.a.

128 *BK-Fellmann* (Fn. 15), Art. 398 Rdnr. 328 ff.

129 Bundesgericht, 4C.18/2005; *BK-Fellmann* (Fn. 15), Art. 398 Rdnr. 251 ff.

130 Dazu näher unten II.8.

131 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 19.

132 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 398 Rdnr. 19 m. w. Nachw.; die anfängliche objektive Unmöglichkeit führt hingegen zur Nichtigkeit des Vertrages (Art. 20 Abs. 1 OR).

133 Zur Rechtsnatur von Art. 402 Abs. 2 OR Bundesgericht, 4C.17/2003, E. 3.3.1; *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 402 Rdnr. 16.; a.M. *Derendinger* (Fn. 111), Rdnr. 42. Art. 402 Abs. 2 OR findet keine ausdrückliche Entsprechung im BGB, dessen Gesetzgeber die Auftraggeberhaftung zwar diskutiert, aber wegen der Fülle verschiedener Szenarien bewusst nicht geregelt hat. Gestützt auf § 670 BGB (direkt oder analog) differenziert die wohl h.L. nach der Art der Gefährdung: Während der Beauftragte das allgemeine Lebensrisiko zu tragen hat, liegt jede besondere und erkennbare Gefährdung des Beauftragten aufgrund der Auftragsausführung im Verantwortungsbereich des Auftraggebers; *MüKo-Seiler* (Fn. 20), § 670 Rdnr. 14 m. w. Nachw.

134 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 402 Rdnr. 11.

135 Dazu bereits oben II.5.c.

136 BGE 51 II 189; BGE 110 II 285.

137 BGE 104 II 320.

138 *BSK-Weber* (Fn. 14), Art. 402 Rdnr. 15; BGE 64 II 202; BGE 61 II 95.

139 Nach Art. 422 OR steht dem Geschäftsführer ohne Auftrag ein Ersatzanspruch nach richterlichem Ermessen zu.

140 BGE 48 II 490; BGE 61 II 98; BGE 129 III 181.

141 *Furrer/Wey*, in: Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012 (zitiert: *CHK-Bearbeiter*), Art. 100 OR Rdnr. 8 m. w. Nachw.; *Abegg*, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Diss. 2004, S. 165, Fn. 742.

grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, [...] nichtig [ist]“. Während ein Haftungsausschluss für leichte und mittlere Fahrlässigkeit also grundsätzlich zulässig ist,¹⁴² scheidet eine Freizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit aus.¹⁴³ Anders als im deutschen Recht¹⁴⁴ scheidet im Schweizer Recht im B2B-Bereich ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit auch mittels Individualabrede aus – jedenfalls soweit Handlungen der Gesellschaft(sorgane) selbst in Rede stehen. Hat hingegen eine Hilfsperson gehandelt,¹⁴⁵ erlaubt Art. 101 Abs. 2 OR einen vollständigen Haftungsausschluss, es sei denn der Verzichtende stehe „im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes“ (Art. 101 Abs. 3 OR).¹⁴⁶

Innerhalb der Schranken von Art. 100 und 101 OR sind Haftungsbeschränkungen überdies auch rein summenmäßig oder schadensfolgenbezogen (z.B. entgangener Gewinn) möglich.¹⁴⁷ Nämliches gilt für Klauseln, welche die Haftungsmodalitäten derart regeln, dass die Haftungssituation des Geschädigten dadurch im Ergebnis verschlechtert wird (z.B. Beweislastumkehr, Verjährungsverkürzung etc.).¹⁴⁸

Schließlich ist zu beachten, dass Freizeichnungsklauseln als Abweichung von der gesetzlichen Regelung allgemein restriktiv auszulegen sind.¹⁴⁹ Die Rechtsprechung zieht insoweit vor allem die Unklarheitenregel heran, derzufolge unklare Vertragsklauseln – insbesondere in AGB¹⁵⁰ – zum Nachteil derjenigen Partei auszulegen sind, die sie formuliert oder verwendet hat.¹⁵¹

d) Haftungsausschluss und -beschränkung in AGB

Einer der Hauptgründe für die Wahl des Schweizer Rechts ist erfahrungsgemäß die im deutschen Recht eingeschränkte Möglichkeit von Haftungsausschlüssen und -beschränkungen. Ohne auf Einzelheiten einzugehen, liegt dies im Wesentlichen daran, dass Haftungsbeschränkungsklauseln, die im B2B-Bereich selten ausgehandelt, sondern vorformuliert sind, nach umstrittener Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als AGB gelten und daher beständig Gefahr laufen, ungültig erklärt zu werden (§ 309 Nr. 8b i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).¹⁵²

Durch Vereinbarung Schweizer Rechts und eines schweizerischen Gerichtsstands – oder noch besser Schiedsorts –

können Parteien darauf vertrauen, mit größter Wahrscheinlichkeit von der Relevanz der BGH-Rechtsprechung befreit zu sein.¹⁵³

Bis vor gut drei Jahren kannte das schweizerische im Gegensatz zum deutschen Recht weder im B2B-Bereich noch im B2C-Bereich eine allgemeine „offene“ Inhaltskontrolle bei AGB.¹⁵⁴ Gerade für den B2C-Bereich wurde dies mitunter kritisiert.¹⁵⁵ Auch die im deutschen Recht übliche Differenzierung, ob eine Freizeichnungsklausel in AGB enthalten war oder individuell ausgehandelt wurde, war dem Schweizer Recht bisher grundsätzlich unbekannt.¹⁵⁶

Am 1. 7. 2012 trat die revidierte AGB-Bestimmung in Art. 8 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft.¹⁵⁷ Ein Hauptziel der Revision war die Schaffung einer griffigeren Inhaltskontrolle für missbräuchliche AGB.¹⁵⁸ Nach langwierigen Debatten entschied sich der Gesetzgeber, Art. 8 UWG, der neu eine Inhaltskontrolle vorsieht,¹⁵⁹ explizit auf Verbrauchergeschäfte zu beschränken. Freilich fehlt es im UWG an einer Legaldefinition des Konsumentenvertrags, weshalb in der Lehre kontrovers diskutiert wird, ob nur Konsument sein kann, wer im Sinne von Art. 32 Abs. 2 der schweizerischen Zivilprozessordnung Verträge zum üblichen Gebrauch abschließt,¹⁶⁰ ob neben natürlichen

153 In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die deutschen AGB-Regeln allenfalls im Sinn zwingender drittstaatlicher Eingriffsnormen zur Anwendung gelangen können, insbesondere dann, wenn beide Parteien deutsch sind und somit ein enger Bezug zum deutschen Recht besteht. Ist die Frage von einem Schweizer Gericht zu beantworten, ist der Ausgangspunkt Art. 19 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG), der in engen Grenzen die Anwendung von sog. Drittrechtsnormen vorsieht. Die Anwendbarkeit der deutschen AGB-Normen als ausländische Eingriffsnormen im Rahmen dieser Bestimmung ist zumindest im B2B-Bereich unwahrscheinlich, da wohl keine „nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerten und offensichtlich überwiegenden Interessen einer Partei“ an der Anwendbarkeit der deutschen AGB-Normen im B2B-Bereich vorliegen, wie dies von Art. 19 IPRG verlangt wird; ebenso *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 263. Ist ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz mit der Sache befasst, sollte die Wahrscheinlichkeit der Anwendung der deutschen AGB-Normen noch geringer sein, zumal ein Schweizer Schiedsgericht bei der Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen einen noch weiteren Spielraum hat als ein Schweizer Gericht unter Art. 19 IPRG. Diesbezüglich wird meist ein „transnationaler“ gemeinsamer Nenner der fraglichen ausländischen Normen verlangt, der beim schon im europäischen Vergleich besonders strengen deutschen AGB-Recht zu verneinen sein dürfte; so auch hier *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 263.

154 Eine „verdeckte Inhaltskontrolle“ über die Ungewöhnlichkeitsregel, die allerdings nur bei Globalübernahme von AGB zur Anwendung gelangte, wurde indes schon unter bisherigem Recht mitunter angenommen; *Schott*, ST 2012, 78 m. w. Nachw.

155 *Voser/Boog*, RIW 2009, 126, 133 m. w. Nachw.

156 *Voser/Boog*, RIW 2009, 126, 133 m. w. Nachw.; ferner *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 264 zu den Begriffen „verhandeln“ nach Schweizer Recht im Vergleich zu „aushandeln“ nach deutschem Recht.

157 Dazu ausführlich *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262; *Stöckli*, BR 2011, 184; *Schott*, ST 2012, 78. Während alle übrigen Bestimmungen des revUWG bereits am 1. 4. 2012 in Kraft traten, sollten die Anwender drei weitere Monate zur Verfügung haben, um ihre AGB an die Neuregelung anzupassen.

158 *Stöckli*, BR 2011, 184, 185.

159 Art. 8 revUWG mit dem Titel „Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen“ lautet wie folgt: „Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.“

160 Befürwortend etwa *Furrer*, HAVE 2011, 324, 326; *Hess/Ruckstuhl*, AJP 2012, 1188, 1195; *Kut/Stauber*, Jusletter vom 20. 2. 2012, Rdnr. 115; *Schott*, ST 2012, 78, 79; ablehnend zugunsten einer weiteren „materiellen“ Auslegung z.B. *Stöckli*, BR 2011, 184, 186; *Koller*, AJP 2014, 19, 24 f.; *Roberto/Walker*, recht 2014, 49, 56; *Stucki*, Jusletter vom 10. 3. 2014, Rdnr. 8; *Sutter/Lörtscher*, recht 2012, 93, 100; *Thouvenin*, in: *Hilty/Arpagus* (Hrsg.), Basler Kommentar zum UWG, 2013 (zitiert: *BSK UWG-Bearbeiter*), Art. 8 Rdnr. 82; *Vischer*, SJZ 2012, 177, 185.

142 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass Art. 100 Abs. 1 OR die Nichtigkeit der Freizeichnungsklausel in gewissen Fällen auf leichtes Verschulden ausdehnt.

143 Die Grenze zwischen mittlerer oder leichter Fahrlässigkeit, für die eine Freizeichnung ohne weiteres zulässig ist, und grober Fahrlässigkeit ist nicht immer leicht zu ziehen. Das Bundesgericht operiert diesbezüglich mit dem Kriterium der „elementarsten Sorgfalt“ (z.B. Bundesgericht, 4C.126/2004, E. 2.3). Danach setzt grobe Fahrlässigkeit voraus, dass die vertragsbrüchige Partei das außer Acht lässt, was jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen beachten würde (*BSK-Wiegand* [Fn. 14], Art. 99 Rdnr. 6 m. w. Nachw.).

144 § 276 Abs. 3 BGB.

145 Die Abgrenzung des Gesellschaftsorgans zur Hilfsperson ist in der Praxis bisweilen schwierig, weil das schweizerische Recht nicht von einem formellen, sondern von einem „faktischen“ Organbegriff ausgeht; dazu etwa *CHK-Furrer/Wey* (Fn. 141), Art. 101 OR Rdnr. 20.

146 Der Begriff des „obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes“ ist laut Bundesgericht weit zu verstehen und umfasst u. a. auch alle auf eine Polizeierlaubnis gestützten Tätigkeiten, so etwa auch Banken; *BGE* 112 II 454.

147 *BSK-Wiegand* (Fn. 14), Art. 100 Rdnr. 6; *Voser/Boog*, RIW 2009, 126, 134 m. w. Nachw.

148 *Weber*, in: *Berner Kommentar*, Bd. VI/1/5, Art. 97–109 OR, 1945 (zitiert: *BK-Bearbeiter*), Art. 100 Rdnr. 15.

149 Dahingehend jedenfalls die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung; z.B. *BGE* 126 III 59, E. 5.

150 Dazu näher unten II.7.d.

151 *BK-Weber* (Fn. 148), Art. 100 Rdnr. 80 mit Hinw. auf die Rechtsprechung.

152 *Zons*, *Construction Law International* 2012, Bd. 7/1.

auch juristische Personen Konsumenten sein können¹⁶¹ sowie ob der Vertragspartner des Konsumenten Gewerbetreibender bzw. Unternehmer sein muss.¹⁶² Höchststrichterliche Rechtsprechung zu diesen Fragen steht noch aus. Klar ist angesichts der verschiedenen Lehrmeinungen jedoch bereits heute, dass selbst bei einer weiten Auslegung der neuen AGB-Bestimmung im Sinne einer Nichtanwendung nur bei Verträgen, die der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit der Parteien zurechenbar sind,¹⁶³ Art. 8 UWG auf B2B-Verträge keine Anwendung findet.¹⁶⁴ Haftungsausschlüsse oder -beschränkungen in AGB bleiben im B2B-Bereich entsprechend grundsätzlich nach wie vor möglich und verbindlich, sofern sie sich im Hinblick auf die Freizeichnung im zulässigen rechtlichen Rahmen bewegen.¹⁶⁵

Ständige Rechtsprechung und bislang h. L. in der Schweiz gehen bei gegen zwingendes Gesetzesrecht verstoßenden Vertragsklauseln einschließlich jenen in AGB davon aus, dass diese unter Erhaltung ihrer Gültigkeit auf das jeweils erlaubte Maß reduziert werden können und müssen.¹⁶⁶ Eine bisher in der Minderheit befindliche Meinung sprach sich hingegen schon länger gegen eine solche geltungserhaltende Reduktion und damit für vollständige Nichtigkeit aus, wenn gegen „eine geschriebene oder ungeschriebene Norm zum Schutze der sozial schwächeren Vertragspartei verstoßen wurde“.¹⁶⁷ Das Bundesgericht folgte diesem Ansatz in einem (nicht amtlich publizierten) Urteil aus dem Jahr 2008, also vor Inkrafttreten des revidierten UWG, und erklärte im Spezialbereich des Konsumgüter-Leasingrechts eine das gesetzliche Maß in schutzzweckwidriger Weise überschreitende Freizeichnungsklausel in global übernommenen AGB für insgesamt nichtig.¹⁶⁸ Dabei stellte das Bundesgericht jedoch ausdrücklich klar, dass die geltungserhaltende Reduktion bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen weiter gelte.¹⁶⁹ Unabhängig davon dürfte der Entscheid wohl nicht verallgemeinerungsfähig sein¹⁷⁰ und betraf ohnehin ein B2C-, nicht ein B2B-Verhältnis.

Nach der UWG-Revision von 2012 scheint die vormalige Mindermeinung nun gleichwohl zunehmend Unterstützer zu finden. Inzwischen ist ein nicht unbedeutender Teil der Lehre der Auffassung, dass die geltungserhaltende Reduktion bei ungültigen Regelungen in AGB gegenüber Konsumenten nicht mehr gelten solle.¹⁷¹ Während die Ablehnung insoweit teils kategorischer Natur ist,¹⁷² wird von anderen Autoren auf die konkrete Interessenlage im Einzelfall abgestellt: So soll die geltungserhaltende Reduktion stets ausscheiden, wenn der Verwender bei Abfassung der AGB auf sie spekuliert und Schutznormen bewusst zu unterlaufen versucht;¹⁷³ hingegen soll sie möglich bleiben, soweit dies (ausnahmsweise) im Interesse des Konsumenten liegt,¹⁷⁴ also beispielsweise wenn sich die „reduzierten“ AGB als für ihn günstiger erweisen als das ansonsten anzuwendende dispositive Gesetzes- bzw. Richterrecht.¹⁷⁵ Unabhängig davon hat sich die Rechtslage im B2B-Bereich u. E. nicht geändert.¹⁷⁶ Entsprechend bleibt es bei der grundsätzlichen Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion, auch wenn die Haftungsfreizeichnung in AGB erfolgt ist.

8. Beendigung und Erlöschen des Auftrags

Der Auftrag endet nach Maßgabe auftragsrechtlicher Vorschriften aufgrund vorzeitiger Vertragsbeendigung (Art. 404 OR) sowie in der Regel durch Tod, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs des Auftraggebers oder des Beauftragten (Art. 405–406 OR). Im Übrigen können die allgemeinen Vertragsbeendigungsgründe wie Erfüllung, Zeitablauf, Kündi-

gung aus wichtigem Grund oder Aufhebungsvertrag Platz greifen.

Besonderer Beachtung bedarf in der Praxis die vorzeitige Vertragsauflösung gemäß Art. 404 Abs. 1 OR. Demnach kann ein bestehendes Auftragsverhältnis formfrei vom Beauftragten gekündigt bzw. vom Auftraggeber widerrufen werden,¹⁷⁷ und zwar jederzeit, d. h. fristlos und unabhängig von bestimmten Terminen. Die einzige und gleichzeitig (aus Auftraggebersicht) niedrige Schranke bildet Art. 404 Abs. 2 OR, wonach eine zur Unzeit erklärte Vertragsbeendigung zum Schadenersatz verpflichtet.¹⁷⁸ Unsicherheiten ergeben

161 Befürwortend etwa *Pichonmaz*, BR 2012, 140, 141; *Gobet*, ST 2013, 539, 540; ablehnend zugunsten einer Einschränkung auf natürliche Personen z. B. *Hess/Ruckstuhl*, AJP 2012, 1188, 1195; *Roberto/Walker*, recht 2014, 49, 56 f.; *Schmid*, ZBJV 2012, 1, 9; *Schott*, ST 2012, 78, 79; *Sutter/Lörtscher*, recht 2012, 93, 100; BSK UWG-*Thouvenin* (Fn. 160), Art. 8 Rdnr. 82.

162 Befürwortend etwa *Vischer*, SJZ 2012, 177, 185; *Hess/Ruckstuhl*, AJP 2012, 1188, 1196; *Kut/Stauber*, Jusletter vom 20. 2. 2012, Rdnr. 116; ablehnend: *Roberto/Walker*, recht 2014, 49, 57; BSK UWG-*Thouvenin* (Fn. 160), Art. 8 Rdnr. 85.

163 Dazu eingehend *Stöckli*, BR 2011, 184, 186.

164 Ebenso *Boog/Stark-Traber*, RIW 2012, 817, *Kut/Stauber*, Jusletter vom 20. 2. 2012, Rdnr. 116; *Vischer*, AJP 2014, 964, 972; *Vischer*, SJZ 2012, 177, 185; *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 635; *Fatzer/Hasenböhler*, in: *Langauer/Rezzonico*, Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012, 18. Aufl. 2012, S. 188; *Groz/Mondini*, Schellenberg-Wittmer-Newsletter, März 2012, S. 2; Kritik bei *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 540; *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 268.

165 Dazu bereits oben II. 7. c.

166 BGE 123 III 292, E.2.d; BGE 120 II 35, E.4.a; BGE 113 II 159, E.2; BGE 107 II 216, E.3.a; BGE 93 II 189; jüngst auch Bundesgericht, 4A.404/2008, E.5.6.3.1; *Kramer*, in: *Berner Kommentar*, Bd. VI/1/2/1a, Art. 19–22 OR, 1991 (zitiert: BK-*Bearbeiter*), Art. 19/20 Rdnr. 380 ff.

167 *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012, Rdnr. 32.45; auch *CHK-Furrer/Wey* (Fn. 141), Art. 100 OR Rdnr. 18. Weitere Autoren vertreten die gleiche Meinung, zum Teil allerdings nur für den Fall, dass der Normverstoß in vorformulierten AGB enthalten ist (so etwa *Hürlimann*, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. 1984, S. 82 f.) und zum Teil nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die in AGB getroffene Regelung gegen Art. 8 UWG verstößt (so etwa BK-*Kramer* [Fn. 166], Art. 19/20 Rdnr. 376 f.).

168 Bundesgericht, 4A.404/2008, E. 5.6.3.2.1: „Denn die in der Lehre vertretene Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion überzeugt jedenfalls schon insoweit, als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoß gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen.“; dazu auch *Fuhrer*, HAVE 2010, 32.

169 Bundesgericht 4A.404/2008, E. 5.6.3.1: „Es bleibt somit dabei, dass eine das gesetzlich erlaubte Höchstmaß übersteigende Verpflichtung nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens grundsätzlich auf das erlaubte Mass zu reduzieren ist.“

170 So auch *Hess/Ruckstuhl*, AJP 2012, 1188, 1209 f.

171 Dazu und mit derselben Einschränkung auf B2C-Verträge *Fröhlich-Bleuler*, Softwareverträge, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 1553 ff. m. w. Nachw.

172 *Roberto/Walker*, recht 2014, 49, 62; *Rusch*, SZW 2012, 439, 443; *Stucki*, Jusletter vom 10. 3. 2014, Rdnr. 21.

173 *Wetzel/Grimm/Mosimann*, MRA 2013, 3, 8.

174 *Kut/Stauber*, Jusletter vom 20. 2. 2012, Rdnr. 131.

175 So auch *Koller*, AJP 2014, 19, 35.

176 So auch *Richter*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im B2B-Verkehr in Deutschland, der Schweiz und England – unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsklauseln in Kaufverträgen und der ökonomischen Analyse des Rechts, Diss. 2014, S. 164 f.

177 *Huguenin* (Fn. 5), Rdnr. 3300 f. m. w. Nachw.; obwohl das Gesetz zwei verschiedene Begrifflichkeiten verwendet, bewirken sowohl Widerruf als auch Kündigung die vorzeitige Vertragsbeendigung mit Wirkung *ex nunc*, also ein Erlöschen der Leistungspflichten ab dem Zeitpunkt der Beendigung.

178 Niedrig ist die Schranke aus zweierlei Gründen: Erstens bejahen das Bundesgericht und Teile der Literatur „Unzeit“ nur bei für den Vertragspartner besonders ungünstigem und besonders nachteilbehaftetem Kündigungszeitpunkt (BGE 110 II 380, E.3.b; BK-*Fellmann* [Fn. 15], Art. 404 Rdnr. 48; a. M. etwa *Gauch*, recht 1992, 9, 12); zweitens gehen das Bundesgericht und die wohl h. L. davon aus, dass Art. 404 Abs. 2 OR – anders als etwa Art. 377 OR für den Werkvertrag – „nur“ zum Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse) verpflichtet (BGE 110

sich in der Praxis bisweilen aus den umstrittenen Fragen,¹⁷⁹ ob Art. 404 OR zwingend oder dispositiv ist und inwieweit er über die reinen Auftragsverhältnisse i. S. v. Art. 394 ff. OR hinaus auch auf gemischte Verträge mit auftragsrechtlicher Prägung, auf Verträge *sui generis* sowie auf Dauerschuldverhältnisse Anwendung findet.¹⁸⁰

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 404 OR zwingender Natur, weshalb sich prinzipiell jede vertragliche Beschränkung verbietet.¹⁸¹ Dieses Verständnis gründet dogmatisch im besonderen Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, bei dessen Störung ein weiteres Festhalten am Vertrag sinnlos sei.¹⁸² Den so verstandenen Art. 404 OR wandte das Bundesgericht in der Vergangenheit nicht nur auf sog. „typische“ (höchstpersönliche oder unentgeltliche), sondern bisweilen auf alle Auftragsverhältnisse an.¹⁸³ Dasselbe gilt ferner auch für jene gemischten Verträge mit auftragsrechtlicher Prägung, „für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechtes als sachgerecht erscheinen“.¹⁸⁴ Auf Verträge *sui generis* wie beispielsweise den Chartervertrag soll Art. 404 OR hingegen keine Anwendung finden.¹⁸⁵

Besonders unsicher war lange die Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf Dauerverträge: Das Bundesgericht hatte in einer Reihe von Entscheidungen die (analoge) Anwendung von Art. 404 OR auf Dauerschuldverhältnisse gerade aufgrund ihrer Langzeitwirkung abgelehnt.¹⁸⁶ Gleichzeitig qualifizierten mehrere andere Bundesgerichtsurteile einzelne Dauerverträge als einfache Aufträge – mit der Folge einer (direkten) Anwendbarkeit von Art. 404 OR.¹⁸⁷ Nachdem dieser

inhärente Widerspruch in der Literatur auf zunehmende Kritik gestoßen war,¹⁸⁸ verzichtet die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die Feststellung, dass Art. 404 OR auf Dauerverträge nicht analog angewendet werden könne.¹⁸⁹ Insofern ist nunmehr wohl auch für Dauerschuldverhältnisse von einer einheitlichen Bundesgerichtspraxis zugunsten einer analogen Anwendung von Art. 404 OR auszugehen.¹⁹⁰

Die dargestellte Rechtsprechung, insbesondere die unterschiedslose Begründung des zwingenden jederzeitigen Beendigungsrechts mit dem „besonderen Vertrauensverhältnis“, wird von der h. L. seit jeher und immer wieder kritisiert: Indem das Bundesgericht auch atypische Aufträge ohne ausgeprägtes Vertrauenselement mittels Art. 404 OR fast jeder Bindungswirkung beraubt, verstoße es gegen die *ratio legis* dieser auf unentgeltliche Aufträge zugeschnittenen Bestimmung.¹⁹¹ Das Bundesgericht verkenne mit seiner extensiven und generell-zwingenden Auslegung von Art. 404 OR überdies auch das Prinzip *pacta sunt servanda* sowie den Umstand, dass Vertrauen stets gegenseitig sei und primär zum Halten des gegebenen Wortes verpflichte.¹⁹² Die zwingende Natur von Art. 404 OR sei wegen der im Obligationenrecht geltenden Vertragsfreiheit letztlich kaum zu begründen, wenn nicht gleichzeitig ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht (Art. 27 ZGB) vorliege.¹⁹³

Vor diesem Hintergrund unterscheiden die große Mehrheit in der Literatur¹⁹⁴ und gewisse kantonale Gerichtsurteile¹⁹⁵ im Hinblick auf die jederzeitige Beendigungsmöglichkeit zwischen typischen und atypischen Aufträgen.¹⁹⁶ Als „typisch“ und mithin zwingend frei widerruflich gilt ein Auftrag, wenn er unentgeltlich¹⁹⁷ oder – im Fall einer Vergütung

II 380, E.4.b; 109 II 462, E.4.d; BSK-Weber [Fn. 14], Art. 404 Rdnr. 17; differenzierend BK-Fellmann [Fn. 15], Art. 404 Rdnr. 70 ff.; Gauch, recht 1992, 9, 11; Huguenin [Fn. 5], Rdnr. 3312). Bleibt also eine Dienstleistung aus und erleidet der Auftraggeber Produktions- oder Imageverluste, so muss er, um Schadenersatz zu erhalten, im Prozess den oft schwer zu erbringenden Beweis für den Schaden selbst, den adäquaten Kausalzusammenhang sowie die „Unzeit“ der Beendigung führen. Angesichts des notorisch hohen Zeit- und Kostenaufwands sowie der schwer zu schätzenden Erfolgsaussichten sehen geschädigte Parteien oft von der Geltendmachung ihrer Rechte nach Art. 404 Abs. 2 OR ab und erhalten keinen Ausgleich für den erlittenen Schaden.

179 Hierzu auch der auf <http://www.rwi.uzh.ch/vdc> verfügbare Überblick von Buff/von der Crone, SZW 2014, 332; ferner Mondini/Liatowitsch, AJP 2009, 294, 295.

180 Als Dauerschuldverhältnisse qualifiziert das Schweizer Recht beispielsweise Management-, Beratungs-, Versicherungsbroker-, Forschungs- und Entwicklungs-, Outsourcing- und IT-Dienstleistungsverträge.

181 BGE 59 II 261; BGE 95 I 25; BGE 98 II 307; BGE 103 II 130; BGE 104 II 111; BGE 106 II 159; BGE 109 II 467; BGE 115 II 466; BGE 117 II 478; Bundesgericht, 4C.31/1992; Bundesgericht, 4C.447/2004, E. 5.4; Bundesgericht, 4A.141/2011, E. 2.2; Bundesgericht, 4A.284/2013, E. 3.5.1; ferner die Hinweise auf weitere unveröffentlichte Urteile bei Münch, ZBJV 1997, 333. Als unzulässige Einschränkung wurde in der Vergangenheit auch die nur mittelbare Sanktionierung der Unwiderruflichkeit durch Konventionalstrafe (Art. 160 OR) betrachtet; BGE 103 II 130; BGE 104 II 116; BGE 109 II 467; BGE 110 II 383; anders jedoch Bundesgericht, 4A.141/2011, E. 2.4.

182 Statt aller Bundesgericht, 4A.437/2008, E.1.4; 115 II 464, E.2.a m. w. Nachw. auf frühere Rechtsprechung.

183 BGE 115 II 466; Bundesgericht, 4A.284/2013, E. 3.5.1 (in BGE 109 II 467 wurde die Frage, ob auch atypische Auftragsverhältnisse dem jederzeitigen Beendigungsrecht unterliegen, noch offen gelassen).

184 BGE 115 II 466; ferner BGE 109 II 466; BGE 110 II 382; Bundesgericht, 4A.141/2011, E.2.2; Bundesgericht, 4A.284/2013, E.3.5.1. Dies ist laut Bundesgericht etwa für Architektenverträge der Fall (BGE 109 II 462; BGE 110 II 382), aber auch für Kooperationsverträge zwischen Depobanken und externen Vermögensverwaltern (Bundesgericht, 4C.447/2004, E.5.2.f. [„*contrat de collaboration*“], Musikmanagementverträge [BGE 104 II 115], Internatsverträge [Bundesgericht, C.171/82, E. 3] und Immobilienverwaltungsverträge (BGE 106 II 159).

185 BGE 115 II 111.

186 Bundesgericht, 4C.228/2000, E. 4; auch bereits BGE 83 II 530; BGE 98 II 308; BGE 120 V 305; ferner Bundesgericht, 4C.270/2002, E. 2.4; Bundesgericht, 4C.66/2002, E. 2.1; Bundesgericht, 5C.252/2004, E. 5.

187 BGE 104 II 108; BGE 106 Ib 150; BGE 106 II 157; BGE 108 Ib 192; BGE 100 II 370; BGE 110 II 284; BGE 111 II 449; BGE 115 II 464; BGE 126 III 21.

188 Mondini/Liatowitsch, AJP 2009, 294, 295.

189 Bundesgericht, 4A.141/2011, E. 2.2; Bundesgericht, 4A.237/2008, E. 3.2; Bundesgericht, 4C.447/2004, E.5; auch Buff/von der Crone, SZW 2014, 332, 335.

190 Ebenso Buff/von der Crone, SZW 2014, 332, 335.

191 Engel, *Contrat de droit suisse*, 2. Aufl. 2000, S. 508; auch Honsell (Fn. 6), S. 325.

192 Honsell (Fn. 6), S. 338; Huguenin (Fn. 5), Rdnr. 3310.

193 Honsell (Fn. 6), S. 338; ähnlich auch Mondini/Liatowitsch, AJP 2009, 294, 300.

194 Piaget, AJP 2005, 986, 988; Homburger, SZW 1991, 35; BK-Fellmann (Fn. 15), Art. 404 Rdnr. 115 ff.; Bucher (Fn. 40), S. 228; Gehr, in: Koller (Hrsg.), *Recht der Architekten und Ingenieure*, 2002, S. 111 f.; Huguenin (Fn. 5), Rdnr. 3310.; Sommer, AJP 2004, 1059, 1063; ferner Schnyder, in: Guhl (Hrsg.), *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 2000, § 49 Rdnr. 32; Honsell (Fn. 6), S. 337.

195 Obergericht Luzern, LGVE 2011 I Nr. 23; Kantonsgericht Zug, ZGGVP 2005, 178; Obergericht Luzern, SJZ 1989, 215; ZBJV 1990, 585, 587; offen gelassen in Bezirksgericht Höfe (Schwyz), SJZ 1996, 67.

196 Andere Lehrmeinungen propagieren eine Unterscheidung zwischen „Macht“ und „Recht“. Demnach sollen beide Parteien jederzeit und ungeachtet vertraglicher Bindungen die „Macht“ haben, den Auftrag zu widerrufen bzw. zu kündigen; das „Recht“ soll hingegen durch vertragliche Abreden einschränkbar sein und entsprechend mache eine Vertragsbeendigung gemäß Art. 404 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig, wenn sie in Verletzung einer bindenden Vertragsdauerbestimmung (sprich: „zur Unzeit“) erfolgt; etwa Werro, BR 1991, 55; ähnlich im Ergebnis BSK-Weber (Fn. 14), Art. 404 Rdnr. 10, wonach es denkbar sei, eine fristlose Vertragsauflösung gestützt auf Art. 404 OR bei anders lautender Vertragsabsprache als rechtsmissbräuchlich zu erachten. Eine wieder andere Auffassung bejaht ein freies Beendigungsrecht wegen der in Art. 404 OR vorgesehenen Schadenersatzpflicht bei unzeitiger Kündigung nur dann, wenn dem Vertragspartner dadurch keine besonderen Nachteile entstehen oder der widerrufende Teil stichhaltige Gründe für eine fristlose Vertragsauflösung geltend machen kann; BK-Fellmann (Fn. 15), Art. 404 Rdnr. 113. Vereinzelt wird Art. 404 OR schließlich gar als vollkommen dispositive Norm verstanden; Gauch, recht 1992, 9, 15.

197 Schmeberger, *Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten*, Diss. 1992, S. 232; Bezirksgericht Höfe (Schwyz), SJZ 1996, 67; Obergericht Luzern, SJZ 1989, 215; ZBJV 1990, 585, 587.

–höchstpersönlicher Natur ist bzw. auf besonderem Vertrauen basiert.¹⁹⁸ In Abwesenheit dieser Merkmale und vor allem bei Aufträgen mit Dauercharakter¹⁹⁹ gilt der Auftrag als „atypisch“, weswegen das jederzeitige Beendigungsrecht abdingbar ist.²⁰⁰ Als Folge dieser Unterscheidung wären etwa die praktisch bedeutsamen Factoring-,²⁰¹ Outsourcing-,²⁰² Franchise-²⁰³ oder Sponsoringverträge²⁰⁴ vom Anwendungsbereich des Art. 404 OR ausgenommen.²⁰⁵ Im Bereich der IT-Verträge würden allenfalls reine Beratungsverträge als „typische“ Aufträge dem Beendigungsrecht nach Art. 404 OR unterliegen, während sonstige Vereinbarungen, vor allem Wartungs- und Pflegeverträge, als „atypische“ Aufträge einzuordnen wären.²⁰⁶ Im Fall von Produktentwicklungsverträgen, bei denen der Entwicklungsgeber die Entwicklung eines konkreten Produkts an einen weisungsgebundenen Entwicklungsnehmer ausgliedert, kommt eine jederzeitige Ausstiegsmöglichkeit von vornherein nur für Entwicklungsarbeit in Betracht, die *zusätzlich* zur Entwicklung des Produkts selbst vereinbart wurde;²⁰⁷ aber auch diesbezüglich ist die Anwendung von Art. 404 OR meist unpassend, da zusätzliche Forschungs- und Entwicklungsarbeit in aller Regel eng mit der Produktentwicklung selbst verknüpft ist.

Aufgrund der dargestellten Unsicherheiten müssen sich die Parteien betreffender Rechtsverhältnisse bis auf Weiteres darüber im Klaren sein, dass vertraglich vereinbarte Beendigungsmechanismen nicht immer und ausnahmslos vor Art. 404 OR bestehen.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass auch insoweit steter Tropfen den Stein höhlt und das Bundesgericht angesichts der unvermindert anhaltenden Kritik in Lehre und kantonaler Rechtsprechung den eingeschlagenen Kurs früher oder später korrigieren wird. Diese Entwicklung dürfte in nächster Zeit insofern eine zusätzliche Eigendynamik erhalten, als sich aktuell beide Kammern des schweizerischen Parlaments mit einem Gesetzgebungsvorschlag befassen, der eine grundlegende Überprüfung und Neugestaltung von Art. 404 OR zum Inhalt hat.²⁰⁸ Vorgesehen ist insbesondere, den Parteien eines Auftragsverhältnisses im Geschäftsverkehr zu er-

lauben, eine feste Dauer und den Ersatz des positiven Schadens im Falle vorzeitiger Vertragsauflösung zu vereinbaren, ggf. auch verbunden mit einer Konventionalstrafe.²⁰⁹ In diesem Bereich ist also vieles im Fluss, was letztlich der Rechtssicherheit weiter förderlich sein wird.

III. Fazit

Die Unterstellung von Verträgen über die (entgeltliche oder unentgeltliche) Besorgung von Geschäften oder Diensten durch einen Dritten unter Schweizer Recht belässt den Vertragsparteien aufgrund der wenigen zwingenden Bestimmungen des Auftragsrechts weitestgehende Flexibilität bei der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen. Insbesondere deutsche Unternehmen können derartige Verträge im B2B-Bereich nach Maßgabe des schweizerischen Rechts und auch nach der UWG-Revision grundsätzlich ihren jeweiligen Bedürfnissen anpassen, ohne dabei Gefahr zu laufen, dass einzelne Vertragsklauseln aufgrund einer AGB-Inhaltskontrolle für nichtig erklärt werden, wie dies in Deutschland oft der Fall ist.

Trotz aller Ähnlichkeiten zwischen schweizerischem und deutschem Recht steckt der Teufel wie so oft im Detail. Es erscheint aus Sicht deutscher Unternehmen deshalb unerlässlich, sich über bestehende Unterschiede bewusst zu werden und im Zweifelsfall geeignete vertragliche Regelungen zu treffen, um unangenehme Überraschungen zu verhindern.



Dr. Christopher Boog

1997–2002 Studium der Rechtswissenschaften mit besonderem Fokus Europarecht an den Universitäten Freiburg i.Ue. und Amsterdam; 2000–2002 Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht von Prof. Dr. Alexandra Rumo-Jungo an der Universität Freiburg i.Ue. 2006

Zulassung als Rechtsanwalt, seither überwiegend im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit mit besonderem Fokus auf Bau- und Anlagestreitigkeiten sowie in den Gebieten Pharma und Life Sciences bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich und Singapur tätig. 2008–2009 Visiting Scholar im Bereich Schiedsgerichtsbarkeit und internationales Zivilprozessrecht an der Columbia Law School, New York; 2010 Promotion zum Dr. iur. an der Universität Zürich. Seit 2012 Partner im Bereich Schiedsgerichtsbarkeit bei Schellenberg Wittmer AG; seit 2013 Lehrbeauftragter für internationale Schiedsgerichtsbarkeit an der EBS Law School in Wiesbaden.



Dr. Jörn Eschment, M.A./LL.M.

2000–2005 Studium der Rechtswissenschaften mit besonderem Fokus Europa- und Völkerrecht an den Universitäten Freiburg i.Br., Marburg und Passau; 2003 LL.M. (European Law) an der University of Liverpool; 2005 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2007 M.A. am War Studies Department, King's College London; 2010 Promotion zum Dr. iur. an der Universität Marburg. 2010–2011 Rechtsanwaltsassistent bei Schellenberg Wittmer AG; 2012 Zulassung als (Schweizer) Rechtsanwalt, seither überwiegend tätig im Bereich der Prozessführung und Schiedsgerichtsbarkeit bei Schellenberg Wittmer AG mit Fokus auf Bau- und Anlagestreitigkeiten und besonderem Interesse am Investitionsschutzrecht.

198 So z. B. Verträge mit Ärzten, Rechtsanwälten oder Treuhändern; Engel (Fn. 191), S. 510; BSK-Weber (Fn. 14), Art. 404 Rdnr. 10; Bezirksgericht Höfe (Schwyz), SJZ 1996, 67; Obergericht Luzern, SJZ 1989, 215; ZBJV 1990, 585, 587.

199 BSK-Weber (Fn. 14), Art. 404 Rdnr. 10; Werro (Fn. 80), Rdnr. 371 ff.; Sommer, AJP 2004, 1059, 1063; ähnlich Schnyder (Fn. 194), § 49 Rdnr. 32 („atypische, auf längere Dauer angelegte Vertragsverhältnisse“).

200 BSK-Weber (Fn. 14), Art. 404 Rdnr. 10.

201 BSK-Amstutz/Morin/Schlupe (Fn. 14), Einl. vor Art. 184 ff. Rdnr. 93 ff.

202 Brändli, Outsourcing: Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht, Diss. 2001, Rdnr. 255 ff.; Rysler, Outsourcing – Eine unternehmensstrafrechtliche Untersuchung, Diss. 2007, Rdnr. 64.

203 BSK-Amstutz/Morin/Schlupe (Fn. 14), Einl. vor Art. 184 ff. Rdnr. 124 ff. m. w. Nachw.

204 BSK-Amstutz/Morin/Schlupe (Fn. 14), Einl. vor Art. 184 ff. Rdnr. 381 ff.; Philipp, Rechtliche Schranken der Vereinsautonomie und der Vertragsfreiheit im Einzelsport, Diss. 2004, S. 156.

205 Dasselbe soll gelten für Facility-Management-, Fitness-, Internats- oder Krippenverträge; Burkhalter, BR 2004, 39, 41; Rusch, Jusletter vom 27. 11. 2006, Rdnr. 14 (mit Hinweis auf BJM 1994, 135, 138) sowie ferner die Hinweise bei BSK-Amstutz/Morin/Schlupe (Fn. 14), Einl. vor Art. 184 ff. Rdnr. 408. Uneinigkeit herrscht in der Lehre vor allem beim Fernkursvertrag (BSK-Amstutz/Morin/Schlupe [Fn. 14], Einl. vor Art. 184 ff. Rdnr. 372 m. w. Nachw.). Hingegen wird dem Krankenhausvertrag ein besonderes Vertrauensverhältnis zugesprochen, weshalb dem Patienten ein voraussetzungsloses auftragsrechtliches Kündigungsrecht zusteht; so etwa BSK-Amstutz/Morin/Schlupe (Fn. 14), Einl. vor Art. 184 ff., Rdnr. 357.

206 Heusler/Mathys, IT-Vertragsrecht, 2004, S. 254.

207 Sämtliche Tätigkeiten des Entwicklungsnehmers mit Blick auf die Entwicklung des Produkts selbst unterliegen demgegenüber den werkvertraglichen Beendigungsregeln; Meier, AJP 2009, 551, 554.

208 Motion 11.3909 „Art. 404 OR. Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts“, 29. 9. 2011 (http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefts.aspx?gesch_id=20113909).

209 Werro/Carron/Douzals, AJP 2013, 213.